

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كلية الدراسات الفقهية والقانونية

قسم القانون

حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني
-دراسة مقارنة-

Good Faith in performance of contracts in Jordanian civil law
-A comparative study-

إعداد :إبراهيم أحمد إبراهيم الزيابات

الرقم الجامعي: (٠٠٢٠٢٠٠٠٠٣)

المشرف :الدكتور نائل المساعدة

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة آل البيت

كلية الدراسات الفقهية والقانونية

قسم القانون

حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني
-دراسة مقارنة-

Good Faith in performance of contracts in Jordanian civil law

-A comparative study-

إعداد

إبراهيم أحمد إبراهيم الذيايات

الرقم الجامعي: (٠٠٢٠٢٠٠٠٠٣)

المشرف

الدكتور نائل مساعدة

التوقيع	أعضاء لجنة المناقشة
.....	د. نائل مساعدة (مشرفاً ورئيساً)
.....	د. سامر دلالة (عضواً)
.....	د. عبد الله الموفقي (عضواً)
.....	د. نسرین محاسنة (عضواً)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون في كلية الدراسات الفقهية والقانونية / قسم القانون في جامعة آل البيت.

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ ٢٠٠٥/٢/١

الإهداء

إلى من حملت وزري في أحضانها تسعة أشهر
وانقلها همي للآن سبعة وعشرون عاما
ولا زالت تنتظر على الشرفات البعيدة
وترنو إلى القادم من بعيد-أنا- بدعاء لن أنساه..

... أمي

إلى من حضنتني طفلا وصادقني شابا
وعرقتني بالحياة حتى غدت بحسن تربيته
سلما للصعود إلى الآخرة ...

... أبي

إلى شريكة حياتي بحلوها ومرها...

... زوجتي

... ابنتي سندس

إلى زهرة حياتي و نور عيوني...

إلى من تقاسموا المشقة والعناء فيما بينهم من أجل أن يروا مني
الأخ الذي يحقق طموحهم...

... أشقائي وشقيقاتي

إلى أحبتي ولقاربي وأصدقائي...

شكر وتقدير

لا يسعني بعد أن من الله عليّ بإتمام هذه الرسالة إلا أن أتقدم بخالص
الشكر والتقدير والعرفان للسيد الدكتور نائل المساعدة الذي تفضل
بالإشراف على هذه الرسالة، وقدم بإخلاص كل عون ونذل كل
صعوبة، وأعطى من وقته وجهده بلا حدود مما كان له عظيم الأثر في
ظهور هذه الرسالة بهذه الصورة.

كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص التقدير وعظيم الامتنان إلى كل من
الدكتور سامر دلالة و الدكتور عبد الله السوفاني و الدكتورة نسرين
محاسنة أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة.

فتناءً وشكراً لهم مني مع خالص التقدير والاحترام

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	ب
شكر وتقدير	ج
قائمة المحتويات	د
الملخص باللغة العربية	ح
المقدمة	١
تمهيد: الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود	٨
أولاً: حسن النية في القانون الروماني	٨
ثانياً: حسن النية في الشريعة الإسلامية	١٣
الفصل الأول: الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية	١٧
المبحث الأول: شروط حسن النية وفقاً للأساس الشخصي	١٩
المطلب الأول: فكرة الخطأ العقدي	١٩
المطلب الثاني: انتفاء الخطأ العقدي	٢٦
المطلب الثالث: انتفاء الغش	٣٠
المطلب الرابع: عدم استعمال الحق بمسوء نية	٣٥
الفرع الأول: الجانب الأخلاقي في نظرية التعسف في استعمال الحق	٣٥
الفرع الثاني: معايير استعمال الحق بمسوء نية	٣٧
المطلب الخامس: انتفاء الخطأ الجسيم	٤٣
الفرع الأول: فكرة الخطأ الجسيم	٤٤

٤٧	الفرع الثاني: مفهوم الخطأ الجسيم
٤٧	أولاً: الخطأ الجسيم بالمعنى التقليدي
٥٠	ثانياً: الخطأ الجسيم بمعنى الخطأ غير المغتفر أو الخطأ المتميز
٥٣	ثالثاً: الخطأ الجسيم بمعنى الخطأ المربح
٥٤	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير الخطأ الجسيم
٥٥	المبحث الثاني: آثار الإخلال بحسن النية وفقاً للأساس الشخصي
٥٦	المطلب الأول: القانون الجنائي والأخطاء العقدية العمدية
٦١	المطلب الثاني: الأحكام القانونية للغش والخطأ الجسيم
٦١	الفرع الأول: التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة
	الفرع الثاني: بطلان الاتفاق على إعفاء المدين عن غشه
٦٣	أو خطئه الجسيم
	الفرع الثالث: جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاق
٦٨	(الشرط الجزائي)
	الفرع الرابع: جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد
٧٠	القانونية أو الاتفاقية وجواز تخفيفها أو عدم الحكم بها إطلاقاً.
٧١	أولاً: تعديل الفوائد القانونية لمصلحة الدائن
٧٣	ثانياً: تعديل الفوائد القانونية لمصلحة المدين
٧٤	الفرع الخامس: عدم إهمال المدين في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم
	الفرع السادس: عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش
٧٦	المؤمن له وجواز التأمين عن الخطأ الجسيم
٧٦	أولاً: عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له
٧٨	ثانياً: جواز التأمين عن الخطأ الجسيم
٨٠	الفصل الثاني: الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية
٨٧	المبحث الأول: حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع
٨٩	المطلب الأول: السبب الأجنبي ينفي الخطأ

- ٩١ الفرع الأول: عدم إمكان توقع الحادث الطارئ
- ٩٣ الفرع الثاني: عدم إمكان التغلب على الحادث واستحالة التنفيذ
- ٩٤ أولا: الأساس الأخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ
- ٩٥ ثانيا: أنواع استحالة التنفيذ
- ٩٨ ثالثا: متى يسأل المدين عن القوة القاهرة
- ٩٩ رابعا: للتفريق بين القوة القاهرة الظروف الطارئة
- ١٠١ **المطلب الثاني: واجب الدائن في تيسير التنفيذ (فكرة التعاون)**
- ١٠٢ الفرع الأول: واجب الدائن في التعاون مع المدين لتنفيذ التزامه بصورة صحيحة
- الفرع الثاني: واجب الدائن في إخطار المدين بالظروف التي تؤثر
- ١٠٣ على سير التنفيذ
- ١٠٦ الفرع الثالث: واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقه
- ١٠٧ الفرع الرابع: واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين
- ١٠٩ **المطلب الثالث : البواعث المشروعة لعدم التنفيذ**
- ١١٠ الفرع الأول: معيار الباعث المشروع - باعث الرجل للمعتاد -
- ١١٤ الفرع الثاني: تطبيقات الباعث المشروع
- المبحث الثاني: حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ
- المطلب الأول: حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة ١١٦
- ١١٨ الفرع الأول: وحدة طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية
- ١٢٠ الفرع الثاني: الخطأ بمفهومه الأصيل ركن المسؤولية في الالتزام بتحقيق نتيجة
- ١٢١ أولا: خاصية التزامات الضمان
- ١٢٣ ثانيا: عدم استقلال الرابطة السببية عن الخطأ
- ١٢٥ ثالثا: قواعد الإثبات والمسؤولية من دون الخطأ
- الفرع الثالث: واجب بذل العناية القصوى (عناية الرجل فوق المعتاد)
- ١٢٧ في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة
- ١٣٢ **المطلب الثاني: حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية**
- ١٣٤ الفرع الأول: تدرج العنايات وتدرج الأخطاء
- ١٣٥ أولا: أثر نظرية تدرج الأخطاء في القوانين الحديثة

١٤٠	ثانيا:تدرج العنايةات ضرورة أخلاقية
١٤٠	ثالثا:الخطأ فكرة نسبية
١٤٣	الفرع الثاني:مفهوم عناية الرجل المعتاد
١٤٤	أولا:فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية
١٤٥	ثانيا:موضوعية معيار الرجل المعتاد
	ثالثا:أثر الظروف في تكيف عناية الرجل المعتاد
١٤٧	(مرونة معيار الرجل المعتاد)
١٤٩	رابعا:عناصر للرجل المعتاد
١٦١	الخاتمة
١٦٤	قائمة المراجع
١٧٠	الملخص باللغة الإنجليزية

الملخص

(حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني)

- دراسة مقارنة -

إشراف : الدكتور نائل المساعدة

إعداد : إبراهيم أحمد إبراهيم الذبابات

تأتي أهمية هذه الدراسة باعتبارها محاولة حديثة لإلقاء الضوء على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

ومن خلالها تتعاضد الحاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية لأنه المبدأ الذي يحقق أجل غاية من غايات القانون وهي درء الإضرار من فرد على فرد آخر في المجتمع.

وباعتبار مبدأ حسن النية هو المبدأ العام الذي يسود كل العلاقات القانونية وهو من الأحكام الكلية التي لا تنتفي بعدم النص عليها لأنها مبدأ يسود العقد في جميع مراحله بحيث لا يقتصر أثره على إبرام العقد فقط بل يمتد إلى تنفيذه وانقضائه.

فحسن النية في العقود يعني مراعاة كل من العاقدین صالح العاقد الآخر وطبيعة الالتزام وعدم تعمد إلحاق الضرر به وذلك بأن يكون تنفيذ الالتزام بالطريقة التي اتفق عليها الطرفان وبذلك فحسن النية في العقود مبدأ يجد مداه في حالتين هما: ذات المتعاقد أو شخصه من جهة وطبيعة الالتزام الذي ارتبط به، وبذلك فهو يقوم على أساسين اثنين هما أساس نفسي، قومه نية العاقد وأساس ملدي قومه شرف التعامل ونزاهته.

واصل إلى الأسس الخاصة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال حسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الذاتي) المتمثل في انتفاء سوء النية لدى المتعاقد بكل الصور

والأوضاع، والأساس الموضوعي (المادي) لحسن النية المتمثل في تجنب الإهمال والتقصير بأن يكون إهماله مقبولا في نظر المجتمع والقانون.

كل ذلك من خلال تحليل نصوص القانون الأردني المتعلقة بحسن النية في تنفيذ العقود مقارنة مع القوانين المقارنة لإعطاء صورة كاملة عن حسن النية، كما تم التدقيق بأراء الفقهاء القانونيين وما يجري العمل به في القضاء الأردني، محاولين التوصل من خلال هذه المنهجية إلى الحلول التي لا تخرج عن إطار المبادئ القانونية في الأردن، في إطار الخطة التالية:-

التمهيد، أستعرض فيه الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال ارتباط القديم بالحديث وبيان الأصول التاريخية لهذا المبدأ في القانون الروماني وحسن النية في الشريعة الإسلامية.

الفصل الأول، مخصص هذا الفصل لدراسة الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية من خلال شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي في المبحث الأول والتي تتمثل في انتفاء الخطأ العقدي وانتفاء الخطأ العمد والغش وعدم التعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم بأنواعه المتعددة، أما المبحث الثاني من هذا الفصل، فقد تناولنا فيه آثار الإخلال بحسن النية في وفقا للأساس الشخصي، حيث درسنا علاقة حسن النية بالقانون الجنائي والأخطاء العقدية العمدية الملحقه به، وبيينا الأحكام القانونية العقدية للغش والخطأ الجسيم والمتمثلة في التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة وبطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم وجواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض التكميلي وامتناع إهمال المدين في حالة ارتكابه غش أو خطأ جسيم وعدم جواز التأمين منها.

وفي الفصل الثاني، تناولنا الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية وذلك من خلال دراسة حسن النية وفقا للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع في المبحث الأول والتي بيينا فيها أن السبب الأجنبي ينفي الخطأ وواجب الدائن في تيسير التنفيذ من خلال فكرة التعاون وما هي البواعث المشروعة لعدم التنفيذ.

أما المبحث الثاني من خلال هذا الفصل، فقد خصصناه لدراسة حسن النية وفقا للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة وايضا ببدل عناية موفي الحكمة عرضنا النتائج التي توصلنا اليها بعد الانتهاء من هذه الدراسة.

المقدمة

القانون هو مجموعة القواعد الملزمة والمنظمة لعلاقات الأشخاص في المجتمع، والعلاقات الإنسانية بجميع أنواعها تحتاج إلى قواعد لتنظيمها لنلا يحصل تعارض وتصارف بين المصالح الناشئة عن تلك العلاقات الاجتماعية الإنسانية، ولقد أزم القانون الفرد أن يسلك ذلك السلوك الذي لا يضر فيه الغير ضرراً كلاً في مكانه أن يتجنبه أو أن يقلل منه إلى أقصى حد ممكن وهذا الالتزام مرده الأخلاق في الأصل^(١)، والقانون والأخلاق يحملان رسالة واحدة في نشر الطمأنينة وكف العدوان، وخلق الثقة ومحاربة سوء النية، لتوحيد صرح العدل خدمة للمجتمع والإنسان.

إن مبدأ حسن النية هو من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق سواء كان ذلك على مستوى القانون العام أو مستوى القانون الخاص، حيث أن اللجوء لهذا المبدأ قد يخفف الكثير من صراحة بعض البصوص القانونية والتي قد يؤدي المستعبد بحرفيته تطبيقاً إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها^(٢).

والأخلاق التي تتبع من روح الشرائع والأدب أو جيت مد الفهم وقيل أن يلزم القانون الفرد أن يكون حسن النية تجاه أفراد مجتمعه بأن يعاملهم بما يحب أن يعاملوه دون أن يسوي الشر بهم، ويتصرف بقدر من التبصر والاهتمام بمصالح الآخرين لكي لا يلحق بهم الضرر سواء كان هذا الضرر ناتج عن سوء نية أو عن إهماله.

ومن خلال ما تقدم تكمن الحاجة إلى اللجوء إلى مبدأ حسن النية بعد تطور العلم وتقدم المخترعات وتوسع نطاق العلم والتقدم الذي سيخلق أنواعاً جديدة من العلاقات لم تكن موجودة قبلاً مصالح من طبيعة معقدة تحمل في طياتها أوسع الفرص والاحتمالات لإصرار الأفراد

^(١) «بوري خاطر»، الخطأ الجسمي في ظل تطبيقاته التشريعية والفضائية دراسة مقارنة، مجلة المنار، جامعة آل البيت، المجلد التاسع، العدد الثالث، ٢٠٠٣، ص ٧٤.

^(٢) يريد بصير مرحلة ما قبل إبرام العقد دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنار، جامعة آل البيت، المجلد التاسع، العدد الثالث، ٢٠٠٣، ص ١١.

بعضهم ببعض لأنه المبدأ الذي يحقق أحظر وأجل غاية من غايات القانون وهي درء الإصرار من فرد على فرد آخر.

وطالما كان هذا المبدأ يحكم السلوك القانوني عامة على الاهتمام به يبدو أمراً طبيعياً في كل قانون لأن القانون يوضع لتنظيم العلاقات بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين السلطة التي تمثل المجتمع، يكفي أن نستعرض مثلاً في القانون المدني الأردني بعض الموصيحات التي أصدر فيها المشرع أحكامه استناداً لهذا المبدأ ليتبين لنا بوضوح دور هذا المبدأ وأثره وأهميته وشموله في ميدان العلاقات الحديثة، ولرسم صورة واقعية للمبدأ في القانون المدني وتعيين موقع تطبيق هذا المبدأ على تنفيذ العقود من مجمل هذه الصورة العامة للمبدأ والاستعانة بتطبيقات هذا المبدأ المتنوعة في استخلاص للتطبيق للصائب له في تنفيذ العقود.

ففي أحكام الكسب بلا سبب شدد المشرع في معاملة المنعوق له سبب النية بأن الرمه برد كل ما استفاده أو كان يستطيع أن يستقيده من الشيء من يوم أن تسلم غير المستحق كما الرمه بالتعويض لقاء ما قصر القبط في جنبه^(١).

وفي أحكام دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن فإن تصرف المدين المنطوي على غش لا ينفذ في حق الدائن، ويشترط أن يكون من صدر له التصرف عالماً بهذا الغش، ومجرد علم المدين أنه معسر كان لافتراض وقوع الغش منه ولم ينص المشرع صراحة عليه^(٢).

وفي أحكام الحقوق العينية يبعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل بأنه يعتدي على حق الغير، وحسن النية يفترض دائماً ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك، ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه من اغتصب الحيازة عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير، ويعد كذلك سبب النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ولو اعتقد أن له حقاً في الحيازة^(٣).

(١) المادة (٣٠٠) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٣٧٠) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادتان (١١٧٦) (١١٧٧) من القانون المدني الأردني.

وفي أحكام حيازة المنقول، من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد، والحيازة ذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك^(١)، ويجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أصاعه أو حرج من يده سرقة أو غصب أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية، خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقدته أو مرقته أو غصبه^(٢).

والقانون يحمي مصلحة الأشخاص حسني النية الذين يركنون في أعمالهم وتصرفاتهم إلى طواهر الأمور^(٣)، ويعتبر هذا الطاهر موافقاً للحقيقة التي أن يثبت العكس و من هنا تأتي حماية القانون للأشخاص حسني النية.

ومما يدل على أهمية مبدأ حسن النية في القوانين المعاصرة ما أورده القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية من تعريف لحسن النية بأنه الأمانة بالفعل واتباع المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل بالتجارة^(٤)، بحيث أصبح يتضمن مبدأ يحضه له القانون الأمريكي بأجمعه وينطوي على أهمية بالغة في التطبيق العملي .

(١) المادتين (٧٨١) (١١٨٢) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١١٩٠) من القانون المدني الأردني.

(٣) يزيد نصير، عقد التفويض بحسن نية، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٤) روملي منير ريدان حداث حسن النية في تكوين العقد رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المرق، ٢٠٠٠، ص ٢٠٠ يشير إلى :

Rand Anderson, Business Law, ١١th edition, southwester, publishing newyork, ١٩٨١ p ١٨٦

- انظر يزيد نصير، عقد التفويض بحسن نية، مرجع سابق، ص ٢٦، يشير فيه في الهامش رقم ٤٨، إلى

"S 120109 "honesty unfactin the contact of transaction concerned"

وإذا ذهبنا إلى المجالات العقدية عرى أن هذا المبدأ هو من المبادئ الأساسية في تشريع العقد^(١) وهو مبدأ يسود العقد في جميع مراحله بحيث لا يقصر أثره على إبرام العقد بل يمتد إلى تنفيذه^(٢) وتفصيلاته، فمن أكرهه أكرهاً معتبراً على إبرام عقد لا يعد عقده^(٣).

ويكون العقد قابلاً للفسخ أيضاً إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد وكما ينبغي في التعامل من حسن النية، أو إذا وقع غلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد^(٤)، وإذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غيباً فاحشاً كان الحق للعائد المغبون فسخ العقد^(٥).

وفيما يخص محل وسبب الالتزام، يلزم أن لا يكون محل العقد و سببه غير مشروع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً^(٦).

ويجوز أن يقرر العقد بشرط فيه ينع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكون ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب والعي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً^(٧)، ويكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لمسبب غير مشروع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب^(٨)، بكل هذه الأحكام تحصى صحة تكوين العقد تتضمن مراعاة حسن النية، لما في تنفيذه العقد حسن نية: "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه

(١) يريد بصير، مرجع سابق، ص ٢٣، السيد البدوي حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص ٨٩، ٩٠.

(٢) أحمد حشمت لستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الأردني، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٥، صفحة ٣٤٥، ص ٢٤١.

(٣) المادة (١٤١) من القانون المدني الأردني.

(٤) للمادتين (١٥٢) (١٥٣) من القانون المدني الأردني.

(٥) المادة (١٤٥) من القانون المدني الأردني.

(٦) المادة (١٦٤) من القانون المدني الأردني.

(٧) المادة (١٦٥) من القانون المدني الأردني.

(٨) المادة (١٦٥) من القانون المدني الأردني.

وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". هو الذي سيكون مدار دراستنا في هذه الرسالة، وقد تضمنت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كثير من التشريعات^(١).

ويعني هذا المبدأ أن على كل من المتعاقدين أن يختار في تنفيذه لالتزامه بموجب العقد الطريقة التي تعرضها النزاهة والأمانة، وشرف التعامل، وعليه فالمقاول الذي يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء من مكان إلى آخر نظير أجر معين يجب أن يقوم بتوصيله من أقرب الطرق الممكنة، وليس من حسن النية في شيء أن يقوم هذا المقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء من مكان آخر نظير أجر أكثر أو قيامه باستعمال مواد غالية أو غير ضرورية لينتخلص مما لديه من مخزون.

وعليه فيلاحظ بأنه إذا كان يقصد بحسن النية في تنفيذ العقد مراعاة كل من للعاقدين صالح العاقد الآخر، أو عدم تعمد إلحاق الضرر وذلك بأن يكون تنفيذه لالتزامه بالطريقة التي مع ما يأمله كل متعاقد من الآخر، فإنها بهذا المعنى على أسامين اثنين: هما: أساس نفسي قوله بنية المتعاقد، وأساس مادي قوامه شرف التعامل ونزاهته.

مشكلة الدراسة:

أن مشكلة دراسة مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقود يمكن لنا بيانها من خلال التساؤلات التالية: ما هو الأساس الذي اعتمدته القانون المدني الأردني وبالتالي هل وضع مبدأ عام في العقود يتعرض من يخالفه إلى الجراء المناسب وهل يتميز حسن النية بمركز قانوني لا يتمتع به من كان سيء النية؟ وهل احترام هذا المبدأ يفرض على المدين فقط أم يفرض أيضاً على الدائن في استعمال حقه؟ وأيضاً هل على المدين أن يتجنب الخطأ العمدي في تنفيذ العقد فقط؟ أم عليه أيضاً تجنب الخطأ الجسيم، الذي يلحق بالخطأ العمد من حيث الآثار؟. وهل يكفي أن يكون المتعاقد حسن النية؟ بمعنى إنقاء قصده في الإصرار بالطرف الآخر ليوصف بحسن النية المطلق أم عليه أيضاً أن يتصف بقدر معين من البساطة والحذر والتبصر بعض النظر لكي يتحاشى إلحاق الضرر من غير قصد بالطرف الآخر، أي عن سوء تقدير وإهمال.

(١) أنظر المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، المادة (١٤٩) من القانون المدني السوري، المادة (٢٤٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة (٢٠٨) من القانون المدني اليمني، المادة (٢٤٣) مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المادة (١٣٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة متواصلة لبيان المعاني الفرعية لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وتحليله إلى عناصره و إظهار مختلف جوانب كل عنصر على حده ، و لرفع الغموض عن هذا المبدأ ، و تسهيل العمل به ليصبح وسيلة حية في تحديد ما يجب ان تكون عليه علاقات المتعاقدين .

ومن خلالها محاولة لتحديد فكرة الحق العقدي على ضوء هذا المبدأ من خلال تجنب المدين الخطأ العمد في تنفيذ العقد ، وفيه بيان ماهية العش و معايير ه ، وأيضا بيان الخطأ الجسم الذي يلحق بالخطأ العمد من حيث الأثر .

وأيضا تهدف من ضمن ما تهدف اليه هذه الرسالة الى بيان متى توجد القوة القاهرة التي لا تسبب الى المدين لتعفيه من تنفيذ التزامه استنادا الى حسن النية المتمثل في عدم إمكان دفع هذه القوة أو تحاشيها !

كل ذلك من خلال جانبي حسن النية محسن النية وفقا للأساس الشخصي (الداتي) المتمثل في استقاء سوء النية لدى المتعاقد بكل الصور والأوضاع عوفقا الأساس الموضوعي (المادي) لحسن النية المتمثل في تجنب الإخلال بأن يكون الإخلال مفيول في نظر المجتمع والقانون كل ذلك من خلال اسجاء كامل مع النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، والقانون المقارن ما أمكن من أجل الإحاطة بجميع هذه المسائل.

اهمية الدراسة :

تتبع أهمية هذه الدراسة باعتبارها محاولة جديدة لإلقاء الضوء و تسليطه على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني .

وطالما هذا المبدأ يحكم السلوك القانوني عامة فإن الاهتمام به يعد أمرا هاما في كل قانون بما في ذلك القانون المدني الأردني لأن القانون يوضع لتصميم العلاقات بين الأفراد أنفسهم أو بينهم و بين السلطة التي تمثل المجتمع ، وعلى ما تقدم فهو مبدأ مهيم على تفكير المشرع بقدر ما يتجلى في كل قانون .

وستكون هذه الدراسة محاولة لعرض دور هذا المبدأ و أثره و أهميته و شموله في ميدان العلاقات المدنية عامة ، و محاولة لرسم صورة واضحة المعالم لهذا المبدأ وتعيين موقع تطبيقه على تنفيذ العقود من خلال تطبيقات القانون المدني الأردني .

خلاصة الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع الدراسة :

يعد هذا الموضوع بـ"كرا" من الساحة الفقهية في المجال الأردني .حالا يوجد دراسة عالجت هذا الموضوع من وجهة التشريع و القضاء الأردني ،، إنما وجدت عدت دراسات عالجت هذا الموضوع ، وهي رسالة دكتوراه في جامعة القاهرة بعنوان (حول بطرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية) للسيد البدوي لسنة ١٩٨٩ و دراسة قديمة جدا في ظل القانون المدني العراقي بعنوان (مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود) وهي رسالة ماجستير في جامعة بغداد لسنة ١٩٧٢ لعبد الجبار ناجي صالح ، ودراسة ثانية بعنوان (حسن النية في تنفيذ العقود) للقاضي حسين بن سليم، وهي عبارة عن رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص بكلية الحقوق ببنونس لسنة ١٩٨٦ ، وأيضا وجدت بعض الدراسات في هذا الموضوع تناولت جوانب من هذا المبدأ من خلال جزئيات ضمن مواضيعها المتنوعة .

منهج الدراسة:

يلعب المنهج العلمي دورا كبيرا في البحث العلمي باعتباره الاداة التي يستخدمها الباحث في مهمته البحثية بهدف الوصول إلى النتائج السليمة و تحديد تلك المناهج ابتداءً من شأنها أن تسهل عمل الباحث و توصلح معالم الطريق ، وعليه فالمنهج الذي ساعتمد عليه في بحثي :

١-المنهج التحليلي :

حيث سأتناول نص المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني المتعلقة بصلب موضوع الدراسة ، بالتحليل و بيان المعايير التي اخذ بها المشرع الأردني و بطلق تطبيقها و استنباط ما هو كامن فيها .

٢-المنهج المقارن: سأنتع المنهج المقارن في بحث يعد حديث على الساحة الأردنية و كونه من المواضيع المتنوعة و المترامية الأطراف في كافة مواضع القانون المدني الأردني و عليه فلا بد من اللجوء إلى التشريعات المختلفة التي تبنت هذا المبدأ في صلب قوانينها أو ضمن أحكام قضائها .

٣- المنهج النقدي: نظراً لطبيعة موضوع الدراسة في حسن النية و أهمية المنهج النقدي و الذي يحصل تكامل المناهج السابقة التحليلي و المقلد ، سيكون للنقد البناء في بيان محاسن و مثالب النصوص المختلفة (في الفنون المدني الأردني أو القوانين الخاصة أو القوانين المدنية العربية) للوصول الى تصور كلي للموضوع محل الدراسة الحالية من العيوب و عدد الاستطاعة و الجهد .

و اراثينا ان نعرض لموضوع الرسالة في إطار خطة منهجية متناول في تمهيد الى الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال حسن النية في تنفيذ العقود في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية العراء.

و بحث في الفصل الأول الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية، و يعالج في المبحث الأول شروط حسن النية وفقاً للأساس الشخصي للمتعاقد من خلال فكرة الخطأ العقدي و انتفاء الخطأ العمد و انتفاء العش و التعسف و الخطأ الجسيم ثم يتحدث في المبحث الثاني عن آثار الإخلال بحسن النية وفقاً للأساس الشخصي من خلال القانون الجنائي و الأخطاء العقدية و الأحكام القانونية العقدية للعش و الخطأ الجسيم.

أما الفصل الثاني فقد خصص لبحث الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية من خلال حسن النية بالأساس الموضوعي و عدم التنفيذ المشروع في المبحث الأول منه و الذي يبحث في السبب الأجنبي يعني الخطأ و واجب الدائن في تيسير التنفيذ (فكرة التعاون) و البواعث المشروعة لعدم التنفيذ ، و في المبحث الثاني بحثنا في حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي و مدى العناية الواجبة في التنفيذ من خلال حسن النية و العناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة و حسن النية و العناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية ثم بيانا أخيراً النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة في خاتمة هذه الرسالة.

خطة هذا البحث فهي على النحو الآتي:

تمهيد : الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

الفصل الأول: الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية.

المبحث الأول: شروط حسن النية وفقاً للأساس الشخصي.

المبحث الثاني: آثار الإخلال بحسن النية وفقاً للأساس الشخصي.

الفصل الثاني: الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية

المبحث الأول: حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع.

المبحث الثاني: حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في

التنفيذ.

تمهيد

الأصل التاريخي لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود

من المفيد قبل أن نبحث جوانب مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في قوانيننا الحاضرة، أن نعرف أين نشأ هذا المبدأ وما هي الفلسفة التي أدت إلى نشوءه وما هي الظروف الاجتماعية التي ساعدت على تعريبه. وما هي الوظائف التي أداها في المجتمع الذي نشأ فيه، لنخرج من كل ذلك بنظرة واضحة عن طبيعة هذا المبدأ الحلفية التي جعلته موضع تبني الشرائع والأديان قديماً وحديثاً. وإذا انتهينا إلى هذه النظرة عن طبيعة المبدأ سهل علينا إدراك فحواه في قوانيننا الحاضرة؟ وذلك أن الماصي يصل الحاصر ولن الفكرة تتكيف دون أن تفقد جوهرها وسعالج كل ذلك من خلال حسن النية في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية.

أولاً: حسن نية في القانون الروماني

كان الاتفاق المجرد غير ملزم لأحد الطرفين ما لم يكن قد أفرغ في عقد تحت إجراءاته الرسمية طبقاً للأوضاع التي رسمها القانون بالاتفاق وحده لم يكن كافياً لإنشاء التزام يؤيده القانون بدعوى^(١)، إذ نصت موسوعة جستنيان: (لا تنشأ من الاتفاق المجرد أية دعوى وإنما ينشأ عنه دفع فقط)^(٢) وكان هذا النظام متفقاً مع الحالة القديمة لقلة المعاملات، إذ لم يكن القساوس

^(١) هناك قوانين قديمة شرقية عرفت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال تطبيقها للعقود عبدها، بحيث نصت شريعة حمورابي عام ٢٠٠٠ ق.م على قيام العامل ورب العمل بتنفيذ التزاماتها بحسن نية لتسرع في الإعجاب وتكفل على ترسيخ مبادئ العدالة ومنها المادة (٤٨) أثر الظروف الطارئة، فتقرر إعفاء المدين الذي يهلك ررعه بفعل الفيضان من تقديم حبوب إلى دائنه في ذلك العام وتعفيه أيضاً من الفوائد لتلك السنة. أشار إلى ذلك عبدالسلام الترماني، محاضرات في تاريخ القانون، الطبعة الأولى منشورات جامعة حلب ١٩٦٤، ص ٥٥.

^(٢) محمد عبدالمنعم بسدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأحوال، دار النشر الحديث، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٥٢٩.

- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الطبعة السادسة، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٦ - ١٩٦٧، ص ٤٦٦.

الروماني يتضمن احكاماً لحالات الرهن والوديعة العارية والإكراه والغش والخطأ في التعاقد، وقد ترك هذه الحالات لحكم الشرف وحس النية والرأي العلم وكان كل منها قوي الأثر في النفوس كميلاً بأداء الواجبات والحقوق^(١) كما كان هذا النظام متفقاً مع التقاليد والمظاهر الشكلية التي كان يحرص الرومان عليها، إذ كان لهذا النظام فوائده كما كانت له مضار، فهو أصغر للدقة والوضوح في بيان التزامات المدينين، وأسهل في الإثبات وفصل النزاع بالاستناد إلى ما صدر من العبارات في العقد دون البحث في نية المتعاقدين، ولكن فيه عرقلة للمعاملات وصيباً للوقت في حضور الطرفين وإتمام الرسمية، عيباً للمدين أحياناً حيث يصبح ملزماً بتعهد في عقد رسمي ولو كان وقاعاً في غلط أو مخدوعاً أو مكرهاً^(٢).

ولكن بتطور الحضارة الرومانية واتساع أرجاء الدولة والنمو المتزايد للتبادل والشباط التجاري، عالت الأفكار القانونية تقدماً أكثر مما أدى إلى إعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني، والتجارة تستلزم سرعة العمل واحتراف الوقت بين الحاضرين والعائدين، واتضح كذلك أنه ليس من الإنصاف أن يترك أحد الطرفين لعش الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد، فأصبح للأخلاق والديانة والعدالة الطبيعية أثر حطير في النصوص القانونية وعلى الأخص في العصر الإمبراطوري بفضل الفلسفة اليونانية والتعاليم المسيحية حتى قيل بأن القانون الروماني أصبح منبياً على الأخلاق والعقل لا على الرسوم والتقاليد، ولذا فإن المشرع لم يحرم الأخلاق إلا عند فساد الأخلاق^(٣).

- أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، إدار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٦، ص ٥٩٧.

(١) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٣٦، ص ١٨.

(٢) المرجع سابق، ص ١٧٦.

- عمر مصطفى، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

- ميشيل فلييه، القانون الروماني ترجمة وتعليق هاشم الحافظ، منشورات جامعة بغداد، بغداد، ص ١٢٧.

(٣) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٨.

إن أثر الفلسفة اليونانية في حماية الأخلاق الرومانية تجلّى في نبي العفاء الرومانيين
لنظرية القانون الطبيعي اليوناني^(١)، هذه النظرية التي تتضمن مراعاة ما يعليه العقل والطبيعة
الإنسانية وما يجري عليها العرف، وبهذا المعنى فإن القانون الطبيعي أرفع مقاماً من القوانين
الوصعية لأن أفكاره تتجاوب مع ما يتطلّنه الشر بوصفهم بشراً لا عبدة بما يفرق بينهم من
عوامل مصطنعة أو تحكمية وهي الأفكار مستوحاة من إرادة علوية.

ولقد كان لاستناد القضاة الرومانيين إلى هذا المبدأ في أعمالهم القضائية أكبر الأثر في
ترسيخه وانتشاره كما أن لجوئهم إليه كان علماً مهماً في المحافظة على مرونة القانون
الروماني وأبعاده وجعله يلائم باستمرار مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة من خلال تلافي
أي قصور في القانون، والنظرة إلى الفرد وإلى المجتمع نظرة عقلية وهادفة إلى سعادة الفرد من
خلال المجتمع فأصبح القانون الروماني بحق (موضع احترام الشعوب قديماً وحديثاً)^(٢).

لقد أصبح مفهوم (العدالة) النقيض التام لمفهوم (العش)، وسلك المذهب التفسيري^(٣) الذي
يوجب -أيما كان ممكناً- الاهتمام بالنية بدلاً من الشكل فأصبح هذا المذهب الضمانة ضد الإهمال
والأخطاء العقوبة في العقد والإبراء من الدين، وبالتالي يجب بيان أنواع عقود حسن النية و
خصائصها في القانون الروماني .

أنواع عقود حسن النية وخصائصها في القانون الروماني

في العصر العلمي^(٤) ظهرت عقود جديدة منسبة على حسن التعامل^(٥) وهي نوعان:

(١) عبد الفلاح عبد الباقي، نظرية القانون، الطبعة الخامسة، مطبعة النهضة
مصر، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٣٤، ص ٤٠.

(٢) إن فكرة القانون الطبيعي تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوصعي؛ حالدة
وثقة، وتصلح في الرمال والمكل أي أنه لا يدين بوجوده لإرادة المشرع كما أنه قانون مستقل عن
القانون الوصعي ويعلو عليه، انظر: منير الشاوي، مذهب القانون، مركز البحوث
القانونية، بغداد، ١٩٨٦، ص ١٣.

(٣) إن فكرة المذهب التفسيري تعني كل جهد عقلي وعلمي مدروس يربط القاعدة القانونية بالواقع
الحق، انظر في ذلك محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المنية، دراسة مقارنة بين الفهي
المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٨٢، ص ١٣.

(٤) وهو العصر الذي يبتدئ في حوالي سنة ١٣٠ ق.م. بصدر قانون فيوتيا وتنتهي بحكم الإمبراطور
ديقلديانوس عام ٢٨٤ م).

(٥) محمد عبد المصم بدر، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢/٦٠٧، ص ٥٣٢.

أولاً:- عقود رضائية:- وهي تتعقد بمجرد التراضي وتشمل:-

- ١- عقود البيع
- ٢- عقد الإجارة
- ٣- عقد الشركة
- ٤- عقد الوكالة

ثانياً:- عقود عينية:- وهي تتعقد بتسليم العين لكل العقود وتشمل عقود الثقة أو الائتمان وعقد عارية الاستعمال وعقد الوديعة وعقد الرهن الحيازي وعقد الفرض^(١)

وإن خصائص عقود حسن النية التي ميرتها عن العقود الرسمية كانت تتضح في الوجوه التالية:-

أولاً:- من حيث تكوين العقد:-

لا تتعقد العقود الرسمية إلا بتمام الإجراءات الرسمية. أما عقود حسن النية فتتعقد بمجرد الاتفاق والتراضي في العقود الرضائية وتسليم العين في العقود العينية.

ثانياً:- من حيث الرام الطرفين:-

العقود الرسمية عقود ملزمة لجانب واحد أي لا يشأ عنها سوى التزام على طرف واحد هو المدين الذي تعهد بها، بينما عقود حسن النية (عدا عقد الفرض) عقود تبادلية بمعنى أنها ملزمة للطرفين فكل منهما دائن ومدين.

(١) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٨٦.

وكان لا بد من وصف العقد بأنه تبادلي لكي يصح في الإمكان إخضاع تنفيذه لمبدأ حسن النية^(١). إذا أن العقود الملزمة لجانب واحد كانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ وكان لا ماض من وصف عقد الوديعة بأنه عقد ملزم لجانبين غير تام بينما هو عقد ملزم لجانب واحد أصلاً وهو المدين، ولكن إصغاء هذه الصفة عليه لم يكن القصد منه سوى إخضاعه لمبدأ حسن النية بقصد إجنار المودع على تعويض المودع عنده في حالة ما إذا أضراره صرر في الشيء المودع أو في حالة إبقائه على الشيء مصروفات ضرورية.

ثالثاً: من حيث تفسير العقد:-

للقاضي السلطة التقديرية عند الفصل في عقود حسن النية فله أن يفسر الالتزامات الناشئة عنها بما يقتضيه حسن النية والشرف في المعاملات فهو يتقيد بنية المتعاقدين، أي بما قصده الطرفان من التعاقد، والعبرة فيها بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، و (العقود تفسر لصالح المدينين)^(٢) و (عبارات العقد تفهم على ما كان لها من معنى وقت وضعها.. و .. تحمل المعاني على العرف) (اللعي) (المقارن دون الطارئ)^(٣)، أما العقود الرسمية فالقاضي مقيد بعبارات العقد وألفاظه ويتعين عليه الرام الطرفين بتنفيذها حرفياً دون البحث فيما قصده من العقد ولهذا كانت العقود الرسمية تدعى بعقود القانون حرفية التنفيذ^(٤).

(١) محمد عبدالمعزم بدر، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٦١٤، ص ٥٣٦، عمر ممنوح مصطفى، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٢) عبد العزيز فهمي، مبنية جومستيان في الفقه الروماني، أصول وتقريرات خاصة بالالتزامات والمتعاقدان رقم ٢٧ دار الكتب المصري، القاهرة، ١٩٤٦، ص ٢٣٨.

(٣) المرجع السابق نفس الأصول والتقريرات رقم ٣٠، ص ٢٤٥.

(٤) علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، مرجع سابق، ص ١٧٧، محمد عبدالمعزم بدر، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٢/٦٠٧، ص ٥٣٢، عمر محمود مصطفى، القانون الروماني، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

ثانيا :حسن النية في الشريعة الإسلامية

باستقراء الآيات العرفية الكريمة، وأحاديث السنة النبوية الشريفة وفي أقوال الفقهاء المختلفة يرى أن الشريعة الإسلامية تحرص على أن يتصف المتعاملون بحسن النية.

وفي هذا الاتجاه يقول الحمصاني: "إن العقود مبنية على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بالعقود كالوفاء بالعهود وهي جميعاً من نتائج الأمانة والصدق"^(١).

ويرى في ذلك بحث المتعاقدين على التحلي بمكارم الأخلاق كالأمانة والوفاء بالعهود وتجنب التعسف في استعمال الحق بالتزام جانب العدل والإحسان، ويستدل على ذلك بآيات قرآنية يذكر منها:- قوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...} ^(٢).

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ} ^(٣).

{لَا تَمْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ} ^(٤).

{إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ} ^(٥).

{يَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ} ^(٦).

ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي فصلت الأحكام السابقة قول الرسول عليه الصلاة والسلام لمعاد بن جبل: "أوصيك بتقوى الله، وصدق الحديث، ووفاء العهد، وأداء الأمانة وترك الحيلة"، وقوله عليه السلام: "حيركم أحسنكم قضاءً" و "من عشا فليس منا" ^(٧). وهذا الأمر يتعلق بأداء الالتزامات.

(١) صبحي الحمصاني، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية دار العلم للملايين، القاهرة، ١٩٧٣ ص ٤٩٦.

(٢) سورة النساء، آية رقم ٢٨.

(٣) سورة المائدة، آية رقم ١.

(٤) سورة البقرة، آية رقم ٢٣٧.

(٥) سورة الممل، آية رقم ٩٠.

(٦) سورة هود، آية رقم ٨٦.

(٧) العراقي، أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، دار الفكر اللبناني، بيروت، طبعة ١٩٦٨ ص ١٧٥، ١٧٦.

ومن أقوال الفقهاء ما ورد في مجلة الحليل في فصول تعرضت إلى اشكالية تنفيذ العقد وسوف نتعرض إليها وإلى التعليق الذي قام به هؤلاء الفقهاء ونذكر على سبيل المثال الفصول (٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٥١) من هذه المجلة^(١).

فالفصل (٤٢٩) جاء به (فإذا تجاهدا فالرهن بما فيه) والفصل (٤٣٠) على (واعتبرت قيمته يوم الحكم أن بقي ومن يوم التلف أو القبض أو الرهن إن تلف أقوال). وهذا يدل أن في حالات الرافع حول تنفيذ عقد الرهن تطبق الفصول المذكورة أعلاه.

وفي نفس الاتجاه ينص الفصل (٤٣٢) على أنه (للحريم منع من إحاط الدين بماله من تبرعه وسفره، إن حل بحينته وإعطاء غيره قبل أجله وكل ما بيده كإقراره لمتهم عليه على المختار والأصح). ومما سبق نستطيع القول أن الدائن يمكنه منع المدين من أي عمل يصير تنفيذ العقد به ممكناً أو صعباً .

وقد نص الفصل (٤٥١) أيضاً على (وقوم محالف النقد يوم الحصاص واشترى له منه فصح ومعنى إن رخص أو غلا).

ويدل على أن صبط قيمة الالتزام يعني يتم يوم المحاصة وذلك يتعلق بتنفيذ الالتزام الدائني عن عقد شركة^(٢).

ولم يرد في الشريعة الإسلامية بطريقة عامة هي الالتزامات واقتصرت على دراسة كل حالة على حده وهذا الأمر الذي يراه البعض عيباً وثغرة في الفقه الإسلامي يعتبره البعض الآخر أقرب إلى العدل والإنصاف؛ وتلك مراعاة لوضعية المدين وحسن نيته في تنفيذ العقد^(٣)، وقد عبر عن ذلك فاضل النعيمي حيث قال: "إذا كان الفقه الإسلامي لم يضع نظرية عامة ولم يفردها بحثاً مستقلاً لا في طريقة الظروف الطارئة ولا في غيرها من النظريات فهو يعالج مسألة حالة

(١) أشار إليه: حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، حسب أحكام الفصل (٢٤٣) من المجلة المدنية التونسية، رسالة ماجستير منشورة، كلية الحقوق، تونس، ١٩٨٦، ص ١٢، وقد استخدم المشرع التونسي تعبير الأمانة في التنفيذ بدل حسن النية .

(٢) أشار إليه: حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص ١٢، ١٣ .

(٣) عبد الرزاق السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧، ص ٣٨.

ويضع لها حلاً عملياً ينساب فيها نيار فقهي من المسطق القانوني المنسق، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الفقه العربي أضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة، لأن قوة العقد الملزمة قد بولع فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها سروراً إلى مقتضيات العدالة، أما في الفقه الإسلامي حسب مقتضيات العدالة تسود عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء دواعي لصياغة نظرية يرجع إليها لتبرير ذلك ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها دون تبرير^(١).

وقد ولد للشرع الإسلامي في عهد أعراف ترى الوفاء بالعقود من مكارم الأخلاق ومن المروءة فأقر مبدأ الوفاء بالعقود والشروط منذ البداية وقد ولد للشرع الإسلامي وهو يرى البيع ناقلاً للملكية بينما لم يكن البيع ناقلاً للملكية في ظل الشرع الروماني^(٢).

ولما كانت الشريعة الإسلامية موصوعة لصالح العباد فقد تطلبت من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد التشريع وهذا يعني أن بية المرء صالحة وأن يكون يؤدي قصده من استعمال حقوقه مشروعاً يتفق مع الصالح العام بأوسع معانيه وأن يؤدي التزاماته دون عثر أو إهمال^(٣).

(١) فاضل شاكر النعيمي، نظرية الحوادث الطارئة بين القانون والشريعة برسالة دكتوراه منشورة بمطبعة دار الجاحظ، بغداد، ١٩٦٩، ص ١٨.

(٢) أنظر في هذا المعنى صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٦٨، ص ٢٩٧.

محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ٣٧.
محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة مؤلفة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٧.

عبدان إبراهيم السرحان وبوري حمد حاطري، شرح قانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، إريد، ١٩٩٧، ص ٢٨.

(٣) حسين عامر، التصرف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص ٤٠.

وكان من مظاهر الحرص على صيانة العدل والتوازن بين مركزي المتعاقدين على
الدولم بتحريم الربا والغين في العقود^(١).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء السادس، المطبعة الكبرى
الأميرية، القاهرة، ١٣٢٣هـ - ص ١٦٦، ١٤٣. -
العزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ص ٧٩. -
صلاح الدين الناهي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ٤٠٦.

الفصل الأول

الأساس الشخصي لمبدأ حسن النية

أن حسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الدائي) للمتعاقد هي وصية المتعاقد الذي لا ينوي الإصرار بالمتعاقد الآخر ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حسابه..

وحسن النية أمر مفترض وهو قريبة رغم أن المشرع الأردني لم يقرصه إلا في مواضع معينة^(١)، وعلى ذلك فلا يمكن نفيه إلا بثبات سوء النية، وهذا الإثبات يمكن أن يتم بجميع طرق الإثبات^(٢)، ولا بد لسوء النية من مطهر أو تعبير وهذا المطهر أو التعبير هو من قبيل الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بالبينة وهي إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها كما يمكن اثباتها بالقرائن وهي التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة أيضاً تفريعا على....^(٣).

ولكن سوء النية وعلى أية حال لا يمكن افتراضه بل لا بد من أن تنصب البينات والقرائن على استطلاع الحالة النفسية للمتعاقد والنفاد إلى ضميره لمعرفة النية أو الباعث الذي لا بد عمله وإذا كان التحقق من بنية المدين بطريقة ذاتية ليس من السهل دائماً فإن القضاء يسمح لنفسه باستخلاص سوء النية من الخطأ الجسيم، وفي هذه الحالة يكون الخطأ الجسيم قريبة موضوعية على الخطأ العد وليس ملحقاً به^(٤).

(١) عبدالرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات واثار الالتزام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٦٠٠، هامش ١.

(٢) عبدالرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٦٢٧، هامش ١.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الالتزامات، الجزء الثاني، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، ص ٤٢٩.

(٤) عبد الجبار حاجي: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود رسالة ماجستير غير مشورة، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٧٢، ص ٣٤.

ولكن سوء النية يبرر وصف الخطأ بالعمد، هو نية الإضرار التي تنم عن احتطاط حقيقي بأن يكون الإصرار هو الهدف الأول من فعل الفاعل دون أن توجد أية مبررات مشروعة لنيته بإيقاع الضرر .

ولكن هل الخطأ العمد يقاس بمعيار موضوعي شأنه شأن خطأ الإهمال أم أنه من الضروري الاعتماد على المعيار الذاتي أيضا يكون أنه لا يمكن بحال الاستغناء عن التأكد من اتجاه النية نحو الإضرار باعتبار أن الخطأ العمد هو ما يتوجب الرجوع فيه إلى ضمير الفاعل لكشف نية الإصرار، أما الخطأ غير العمد فيمكن التعرف عليه دون ضرورة لكشف مثل هذه النية؟ وذلك أن سوء النية أمر ذاتي، أي يتولد في نفس الفاعل وضميره، ولا يمكن الكشف عنه من خلال مظاهره الخارجية، وقد أهتم المشرع بمحاربة سوء النية فأوجد جملة من الأحكام الخاصة والزاجرة لمواجهة الأضرار الصادرة عنه .

وحتى يلقي الضوء على هذه الأحكام أفردنا الفصل الأول من رسالتنا لحسن النية بالأساس الشخصي وقد بحثنا على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول شروط حسن النية وفقا للأساس الشخصي، ونخصص المبحث الثاني لدراسة آثار الإخلال بحسن النية وفقا للأساس الشخصي .

المبحث الأول

شروط حسن النية وفقاً للأساس الشخصي

لا يقال عن متعاقد بأنه حسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الذاتي)، إلا إذا انتفى عنه سوء النية بمظاهر سوء النية هي الخطأ العمد، العش، والتعسف في استعمال الحق بسوء نية أو الخطأ الجسيم باعتباره ملحقاً بالعش.

شروط حسن نية المتعاقد^(١) أربعة هي: - انتفاء الخطأ العمد وانتفاء العش وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية وانتفاء الخطأ الجسيم، وقبل الدخول في هذه الشروط من الضروري تناول فكرة الخطأ العقدي بصورة عامة قبل بيان الأنواع الحاصلة من الخطأ العقدي، والتي باستفائها عن المتعاقد يصبح القول عنه بأنه حسن النية بالأساس الشخصي (الذاتي)، وهكذا سنقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب، نخصص الأول لفكرة الخطأ العقدي، ويبحث في الثاني، انتفاء الخطأ العمدي، ويتناول في الثالث انتفاء العش وفي الرابع انتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية، أما الخامس فنخصصه لانتفاء الخطأ الجسيم.

المطلب الأول

فكرة الخطأ العقدي

لا يدرس الخطأ لذاته، بل باعتباره ركناً من أركان المسؤولية المدنية الشخصية، هذه المسؤولية التي لن تتحقق إلا بتوافر أركان ثلاث هي: -

١- الخطأ ٢- الضرر ٣- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لذا فإن تحقق الخطأ في جانب المتعاقد يعني التمهيد لمسائلته مدنيا عند توافر أركان المسؤولية الأخرى، ففكرة الخطأ نمت وتطورت في ظل المسؤولية المدنية ولا يمكن فهمها حق الفهم بمعزل عنها، أما ارتباط فكرة الخطأ بحسن النية، فيتجلى في أن (حسن النية) بمعناه الكلي، أي

(١) يعني بتعاقد من الصفات التي يصفق عليه لقب المدين ناره وهو يؤدي امر ماله، ويصق عليه ببدل هو يستوفي حرمه المادية للالتزامات التي أداها

بركيزتيه الشخصي (الداتي) والموصوعي معا، يعني الخطأ، أي يهدم أحد أركان المسؤولية، ومن ثم لا جراء مع حسن النية.

ويعتبر المدين مرتكباً خطأ بحق الدائن، إن هو لم يَقم بتنفيذ التزامه العقدي، أو تأخر في تنفيذه، لو حتى إن بعهده بشكل معيب، وهذا الخطأ وبهذه الصورة يعد انحرافاً في سلوك المدين يؤدي إلى مساءلته سواء أكان الانحراف إيجابياً أم سلبياً ومعياره هو أن هذا الانحراف في السلوك لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في ظروف مشابهة للظروف المحيطة^(١) بالمدين، وبعبارة أخرى إن سلوك المدين تجاه الالتزام بما في مسلك الشخص العادي تجاه أمور نفسه، إذ الإنسان السوي لا يمكن أن يحل بالتزاماته تجاه الغير، ما لم تَقم أسباب خارجة عن إرادته^(٢) وفي هذا الصدد تقول المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الأردني أنه: (إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو تروخي الحيطه في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بدل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق العرص المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك).

ولم يعرف المشرع الأردني الخطأ العقدي إنما ترك للفقهاء هذا الدور وقد ورد كثير من التعريفات للخطأ العقدي ومن هذه التعريفات: - أنه (الإحلال بالتزام سابق يشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق)^(٣) أما تعريف آخر فإنه يذهب في تعريف الخطأ إلى وجوب توافر شرطين كل منهما يعتبره جوهرياً أولهما مادي ومؤداه المساس بحق للغير ولما تأنيهما وهو نفسي فإنه يتأدى في ادراك أو ما كان ليتمكن إدراكه لما يعتبر مساساً بذلك الحق للغير^(٤) وقد عرف الخطأ العقدي بأنه (عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أيأ كان السبب في ذلك)^(٥).

(١) عدنان السرحان، موري حاطر شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٣١٣.

(٢) ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، مطبعة العقد، القسم الثالث، قار العقد وإحلاله، دراسة موارد، الطبعة الأولى، عمان، دار والن للطباعة والنشر، ٢٠٠٢، ص ٣١٢.

(٣) حسين عامر، المسؤولية المدنية، التنصيرية والعقدية، الطبعة الأولى، مطبعة

مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٦٩، والذي يشير فيه إلى بلانيول .

(٤) حسين عامر، المسؤولية المدنية، المرجع سابق، ص ١٧٣، ويشير فيه إلى ديموج .

(٥) عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ٢٥٣.

ويجد من التعاريف السابقة للخطأ على أن للخطأ العقدي كما للخطأ التقصيري عنصرين

هما:-

أولاً:-العنصر الموضوعي:-

هذا العنصر يعني عدم المشروعية أو الواجب الذي تم التجاوز عليه أو الضرر الحاصل دون حق أو التجاوز على قاعدة من قواعد السلوك، ويجب ألا يفهم عدم المشروعية على أنه الضرر الحاصل بل يجب أن ينصب على سلوك الفاعل، وليس كل فعل يعني عملاً غير مشروع.

إن عدم المشروعية أمر يعود تقديره إلى المجتمع، لا إلى الفرد نفسه^(١)، ولهذا فإن سلوك الشخص يفهم من قبل الغير، والسلوك بهذا المعنى هو مظهر خارجي، والعنصر الموضوعي للخطأ إذن عمل غير مشروع موضوعياً وهو العمل الصادر الذي بعد في مادته عن حاصيه تستثير اللوم الاجتماعي^(٢).

والشريعة الإسلامية تقر صراحة وجوب الاحتكام إلى المجتمع بشأن تقرير صحة عمل ما، فقد جاء في السنة النبوية الشريفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حساً فهو عند الله حساً)^(٣) ومعاد الحديث أن الفعل القبيح يترتب عليه المسؤولية الدينية والوضعية، وأن أساس المسؤولية القانونية عند الإسلام فيما لم يرد.

والقانون الألماني يعبر عن وجهة نظر المجتمع (الآداب الحسنة) كما كان من الأعمال متفقا معها، كانت أعمالاً تحظى بحماية القانون، والمقصود بالآداب الحسنة، (مجموعة الأفكار السائدة فعلاً بين متوسطي الخيرين من الناس)^(٤).

(١) عبد الجبار باحي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٤٤، مفلاً فيه إلى ريبير، القاعدة الحلقية في الالتزامات، ١٩٤٩، بقرة ١١٢، ص ٢٠٠.

(٢) عبد الجبار باحي، المرجع السابق، ص ٤٤، مفلاً إلى قرار محكمة باريس في ٢١ حزيران ١٩٦٢.

(٣) محمد امين ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ص ٣٨.

(٤) توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال، مرجع سابق، بقرة ١٢٧، ص ٣٢٢.

والعصر الموضوعي للخطأ يكون إما على صورة ترك تنهيد الواجب أو العمل على ما يحالف ذلك الواجب، إما النوايا والرغبات المستترة التي لا تظهر إلى حيز الوجود بصورة من الصور فلا مسؤولية قانونية عليها.

ولا يقل اثر الترك عن اثر العمل في الجانب الموضوعي من الخطأ، وفي ذلك تقول إحدى القواعد الرومانية: (ترك الفعل فعل، لأن معنى الترك توجه الإرادة نحو الإمساك عن الفعل ولا شك أن في هذا الإمساك فعلاً)^(١) وقد لا يرد الفعل الإيجابي أو الموقف السلبي (الترك) بمناسبة تنفيذ ما التزم به المدين بل قد يرد أي منهما بمناسبة استعمال الدائن لحق من حقوقه.

ثانياً: -العنصر المعنوي:-

ويعني العنصر المعنوي بأن من خرق واجبه القانوني لا يكون محطناً بمجرد فعله هذا، بل لا بد من تقصير ينسب إليه، فالعنصر المعنوي ينطوي على النية الصارة المستترة اجتماعياً أو على مجرد توفر الوعي والتمييز لدى مرتكب الإهمال أو عدم التبصر^(٢)، والنية هي الإرادة المتجهة نحو هدف ما، أما الإرادة ذاتها فهي تعبير عن حرية التصرف والحركة.

إن الأعمال القانونية تصدر عن الإرادة فهي الميزة الأولى للإنسان، والعلاقات القانونية هي تلك العلاقات القائمة بين أفراد عقلاء ذوي إرادة، والقواعد القانونية لم توضع إلا لكي تطبق عليهم، لذا فإن العنصر المعنوي في الخطأ هو (الأصل) وما العنصر الموضوعي للخطأ إلا عمل خارجي قد يكون الدافع إليه سوء نية مرتكب الخطأ أو عدم كفاية إرادته وقد لا يوجد دافع من هذا القبيل خلا يقوم خطأ.

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بدور العنصر المعنوي في الأعمال القانونية فقد جاء في الحديث النبوي الشريف: (أما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى) وقد اعتمد هذا الأصل لتقرير قاعدة كلية في مجلة الأحكام العدلية بما تنص عليه المادة (١٢) منها على أن (الأمور

(١) عبدالمعري فهمي، مدونة جاستيان، باب تقديرات وأحلاقيات، مرجع سابق، ص ١٦٠.

(٢) عبدالجبار باجي، حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٤٩.

بمقاصدها^(١) ومعنى هذه القاعدة ان الأعمال مرتبطة بالنيات ومقيدة بها، والنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرمة والفساد^(٢). ولا يجوز القول بتوفر العنصر المعنوي للخطأ عند الإنسان ما لم يكن مميراً ومدركاً، فلا يعتد بالإرادة في حالة العوارض التي تصيب الملكات الذهنية، والحالة الذهنية السليمة هي في حالة توفر الحرية والوعي، بالتصرف الحر للإرادة هو الشرط الذي لا بد منه اذا ما أريد ترتيب الآثار القانونية على الإرادة.

وقد يثور الشك بالنسبة إلى اشتراط التمييز والإدراك لترتيب المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني، فقد نصت المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أن: (كل أضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بصمان الضرر).

وبهذا يكون الشخص صامناً للضرر الذي يسببه للغير بفعله، بأن يكون قد تلى عملاً يتصف بعدم المشروعية وبهذا فقد احتار المشرع الأردني إطلاق اصطلاح (الإضرار) على العمل غير المشروع^(٣).

وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني^(٤) أن هذا القانون قد عرّص (بالصبط والتحديد) لأحكام مختلفة تتعلق بالأحكام العامة في الفعل الصار فحدد أولاً إن الأضرار هو مناط المسؤولية ولو صدر عن غير مميز أو ان لفظ (الإضرار) في هذا

(١) مجموعة الأحكام المدنية.

(٢) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، الجزء الثالث، ٧٥١ هـ، ص ٩٢.

(٣) عدنان السرحان وبوري حاطر، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، أعداد المكتب العلمي في رعاية المحامين الأردنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، عمان، ١٩٩١، ص ٢٧٥.

المقام (يعني) عن سائر البعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح (العمل غير المشروع) أو (العمل المخالف للقانون)

كما نصت المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني أيضاً على (١) يكون الإصرار بال مباشر أو التسبب ٢- فإن كان بال مباشر لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو للتعمد أو أن يكون الفعل مقصياً إلى الضرر).

كما نصت المادة (٢٥٨) منه على (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر). وهذه الأحكام محورة عن أحكام الفقه الإسلامي.

وبهذا فإن القانون يجعل المباشر (١) للاتلاف ضامناً سواء تعمد الإتلاف أو لم يتعمد وسواء كان متعمداً أو لم يكن (٢) فإن كان مباشر الاتلاف متعمداً فإنه سبب النية والعصر المعنوي للخطأ يعد متحققاً وبالتالي فهو ضامن، أما إذا وقع بالتسبب، فيشترط التعدي أو العمد أو يكون الفعل مقصياً إلى الضرر.

وإن كلمتا (التعمد) (التعدي) ليستا مترادفتين، إذ أن المراد بالتعمد تعمد الضرر لا الفعل والمراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل، الذي حصل منه الضرر والشخص قد يتعمد الفعل، ولا يقصد به الضرر، ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة، الذي يراد به الإخلال بواجب قانوني على قصد الإضرار، أو على الأقل إمكان توقع حدوث الضرر منه، وبهذا فإن الإضرار بال مباشر في القانون الأردني يعد عملاً غير مشروع بصرف النظر عن الحالة النفسية للمتسبب من وقوع إهمال أو عدم تبصر منه، أو عدم وقوعها (٣).

(١) ويقصد بال مباشر، الحالة التي يكون فيها الفاعل، الذي يطلق عليه المباشر، هو الذي يمارسه بنفسه قد أنتج الضرر، وكان هذا الفعل هو السبب الوحيد للضرر دون أن يتدخل فعل آخر أيضاً كان بين فعل الفاعل والضرر الذي نجم عنه مباشرة، انظر بوري حاطر و عبدان السرحان، مصادر الالتزامات، مرجع سابق، ص ٣٩٧-٣٩٨.

(٢) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة مؤلفة بالفقه الإسلامي والمذاهب المدنية العربية، الطبعة الثانية، دار الفتحة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٦٩.

(٣) مرجع سابق، ص ٦٩.

وبالنسبة لفكرة التعدي التي ما لبثت أن تطورت في الفقه الإسلامي فلم تقتصر على معنى الحروح عن حدود الحق بل شملت عدم التنصر والإهمال والإساءة في استعمال الحق فقيدت السلطة التي يخولها الحق لصاحبه بواجبات تفرض عليه عند استعمال هذه السلطة من التنصر والحرص لعدم المساس بحق الغير والابتعاد عن قصد الإصرار بالغير، فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن قدرة الفاعل على التمييز والحرص والتبصر وهي عوامل بصرية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً بعد أن كان تقديره في الأصل تقديراً موضوعياً^(١) وبقياس بمجرد الحروح عن حدود الحق وبذلك اقتربت فكرة التعدي التي أحدثت بها الشريعة الإسلامية عن فكرة الصرر التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسؤولية^(٢)، فإذا عرفنا المقصود بكلمة (التعدي) على هذه الصورة أمكن القول بأن العصر المعنوي، شرط التمييز والإدراك وتوفر الإرادة لا غنى عنه في فكرة الخطأ في القانون المدني الأردني شأنه شأن سائر التقنيات الحديثة^(٣)، وأما مسؤولية عديم التمييز في محل العلاقات العقدية فلا شك في عدم قيامها ذلك أن العقود لا تبرم دون أن تتوفر الأهلية القانونية للمتعاقدين بلوع سن الرشد وهو سن الثماني عشرة سنة أصلاً^(٤).

والآن وبعد أن استعرضنا فكرة الخطأ العقدي أو الخطأ المدني كفكرة جامعة تعود لفصل الشروط التي بموجبها يتأكد حسن نية المتعاقد وفقاً للأساس الشخصي (الداني) وهي شروط تجنب الأخطاء العمدية وما يلحق بها.

(١) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة مرجع سابق ص ٧١.

(٢) سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، القاهرة، ١٩٥٨ ص ٥.

(٣) فقد أقام المشرع العراقي المسؤولية المدنية على التعدي وحده، حيث نصت المادة (٢٠٤) منه على أن: (كل تعدي يصيب الغير بأي ضرر لغير ما ذكر في المواد السابقة فيستوجب التعويض). وقد نصت المادة (١/٢٢٧) من القانون المدني الكويتي على أنه (كل من أحدث بغيره ضرراً بغيره ملتزم بتعويضه سواء أكان في أحداث الضرر مباشراً أو متسبباً). ونصت المادة (٢٠٧) من قانون المعاملات المدنية الموحد على أنه: (كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه).

(٤) المادة (٤٣) من القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني

انتفاء الخطأ العمد

الخطأ العمد هو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن بنية سيئة، والنية كما ذكرنا في الركن المعنوي للخطأ هي إرادة متجهة نحو هدف ما^(١)، وأما لغة فيعرف بأنه الإرادة المتجهة نحو فعل ما^(٢)، ويوجد فرق بين القولين. فالتعريف اللغوي يرى أن الإرادة تتجه إلى الفعل، كالإحلال بالالتزامات العقدية، وبموجب التعريف اللغوي يصبح مجرد الإخلال المتعمد بالالتزام العقدية خطأ عمداً، ولكن سوف نرى أن الإخلال المتعمد بالالتزامات لا يخل على سوء النية في كل الأحوال بل لثبوت سوء النية قانوناً يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية أولاً وأن يكون هناك هدف آخر أهدى يقصده المحل بالتزاماته، هذا الهدف هو الإصرار بالطرف الآخر^(٣)، وهذا الهدف هو الذي يسبغ صفة السوء على بنية من يخل بالتزامه، وسوء النية في هذه الحالة هي بنية تسبب الضرر للغير.

ولا ينبغي أن نخلط فكرة الخطأ العمد بفكرة الخطأ غير المعترف الذي هو الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي ويتيح عن فعل إرادي أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل..^(٤)

الخطأ العمد يجب أن يتميز بأن قصد الإصرار لدى الفاعل هو الباعث على الفعل الضار.

(١) انظر ص ٢٢ من هذه الرسالة.

(٢) انظر في هذا المعنى: مجمل اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي دراسة وتحقيق رهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، الجزء الثالث والرابع بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص ٨٤٧، مجد مرتضى الربيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، مشورف دار مكتبة الحياة، بيروت، المجلد العاشر، فصل النون من باب الواو والباء، الطبعة الأولى، ١٩٨٥، ص ٣٧٩، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثالثة، الجزء الخامس، الجزء الثاني، دار عمر، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٠٠٤.

(٣) حسن عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٤) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مجلة الممار، المجلد السابع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المفرق، ٢٠٠١، ص ٥٤.

وقد عرف الخطأ العمد على أنه خطأ شخصي محض، لا يمكن الكشف عنه إلا بالانقضاء إلى (الحالة النفسية أو بالتحري عما يكتنه الصمير).

وبهذا لا يشترط حتما أن تتجه النية إلى الإضرار بالغير مباشرة بل يكفي أن تتجه إلى الانتفاع الشخصي عن طريق الإضرار بالغير^(١).

ولما كان من غير اليسير دائما الكشف عن النوايا، لذا وجد من الضروري اللجوء إلى عامل مساعد، إلى قرينة، وهي الخطأ الجسيم^(٢) يتحد دليلا على توافر سوء النية والقصد من اللجوء إلى هذه القرينة هو قطع الطريق أمام أولئك الذين يتعمدون الإصرار بالأخرين ثم يتمتروا بستر سوء التقدير أو بعدم الخبرة فلا يستطيع فاعل الضرر ادعاء الداهية أو العباء، فليس الأمر هنا إلحاق الخطأ الجسيم بصفته خطأ مستعلا عن الخطأ العمد بهذا الأخير الاستدلال منه على الخطأ العمد بالذات، فالأمر يتعلق بالإثبات أن الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد، لكنه قرينة غير قاطعة، بل تسقط أمام إثبات انتفاء نية الإصرار^(٣).

ولهذا فإن القاعدة العملية منتهية من تكليف الخطأ الجسيم، أو قرينة على الخطأ العمد أم هو مرتبة عليا من مراتب الخطأ غير العمد، ذلك أن القانون المدني الأردني في مواد معينة سبحتها فيما بعد - يساوي في الحكم بين العش والخطأ الجسيم، سواء أعتبر الخطأ الجسيم قرينة على العش أم لم يعتبر فإن النتيجة العملية من وجهة الأحكام القانونية لا تختلف كثيرا^(٤).

فقد عرف القانون الألماني الخطأ العمد في تعريف آخر المادة (٢٧٦) بأنه اتجاه الإرادة إلى إثبات فعل أو أحداث نتيجة بقصد الإصرار أو أن الفاعل يريد النتيجة ويعي أن فعله يؤدي إليها، لكنه مع ذلك لا يرغب في الإضرار بالغير^(٥).

(١) عند الجبار تاجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٥٦، ويشير إلى بلايول ورييرو اسماء القول العملي للقانون الفرنسي الجزء السادس، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، الفقرة ٥١٣ ص ٦٩٦.

(٢) الذي سوف ندرسه في المطلب الخامس ص ٤٣ من هذا المبحث.

(٣) حسين عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٤) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٧٢.

(٥) نوري حاطر، المرجع السابق، ص ٧٢، ويشير إلى فاروق أحمد زاهر، تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي، القاهرة، ١٨٥/ص ص ٥٠٧-٥١٨.

وقد وافقه في ذلك القانون المدني الإنكليزي حيث عرف الخطأ للعمد بأنه اتجاه الإرادة إلى أحداث نتيجة دون تطلب توافر بنية الإصرار، إذ يكفي ادراك الفاعل أن فعله سوف يؤدي إلى نتيجة أكيدة وهو مع ذلك يقبل بها إن حدثت^(١).

وإن الأخذ بهذين التعريفين للخطأ العمد معناه توسيع دائرة الخطأ العمد على حساب دائرة خطأ الإهمال توسيعاً كبيراً ذلك أن معظم أخطاء الإهمال تقتصر بإمكان تصور الفاعلين للنتائج الضارة المتولدة عن أفعالهم.

فالمسألة تتعلق بـ (توقع) أو (تصور) الضرر، حتى لو كان الفاعل يسعى وراء هدف آخر هو هدف الإضرار المباشر بالدائن.

ولهذا يرى أنه يتوفر الخطأ للعمد كلما ارتكب الفعل وكان الضرر الناشئ عنه أمراً لازماً، لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا الفعل وذلك كما في تعرض البائع أو ناقل الملكية لمن انتقلت إليه الملكية في ممارسته لحق ملكيته^(٢)، وكما في تمثيل محامي لمصالح متعارضة^(٣)، وكما في قيام المستأجر أو المستعير أو الوديع أو المقاول أو الوكيل أو العامل بقتلاف المال المعهود إليه أو بالتصرف به عمداً لمكوبه لا يتصور أنه ينوي اتلاف المال دون أن ينوي الإضرار بصاحب المال، إلا إذا وقع في غلط وكان حسن النية باعتقاده أنه مالك لذلك الشيء وأن يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب جدية.

وكذلك يكون الضرر المترتب على الفعل أمراً لازماً والخطأ العمد حاصلًا في إثناء المؤتمن على السرد للسرد المؤتمن عليه، فعلم المتعاقد بأنه يفشي سرًا لم يفص به إليه إلا عن

(١) نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) ولم يرد في القانون المدني الأردني نص يعالج التزام الساع بصماح التعرض الشخصي على العكس من ذلك في القانون المصري والعراقي اللذان نصا عليه في المادة (٤٣٩) مدني مصري، المادة (٥٤٩) مدني عراقي، لمزيد من الإيضاح أنظر: علي هادي العبيدي، التوجيه في شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في البيع والإيجار، الطبعة الأولى، ريد، ١٩٩٢، ص ١٠٣.

(٣) المادة (١/٦١) من قانون نقابة المحامين النظاميين، رقم (١١) لسنة ١٩٧٢، والمعدل بالقانون رقم (٥١) لسنة ١٩٨٥.

طريق صناعته أو حرفته^(١) يكفي لوصفه بسوء النية لانه يفعل ذلك عن إرادة واعية وعن طواعية؛ ولأنه يعترض حصول الضرر بمجرد إفشاء السر ولكن إفشاء السر إذا لم يحصل عن إرادة واعية بل حصل نتيجة إهمال فلا يمكن أن يسبب الخطأ العمد إلى المؤمن على السر، ذلك كما في حالة الطبيب الذي يدور ملاحظته عن مريض، ثم يترك هذه الملاحظات سهواً في مكان غير مصون فيطلع عليه الغير^(٢).

ولكن وجود الباعث المشروع على إيفاء الضرر عمداً يعني عن الفعل صفة الخطأ العمد^(٣)، كما لو حالف المؤمن على السر لالتزامه العقدي بعدم إفشاء السر يحدوه الباعث الامتثال للقانون وللصالح العام ومقتضيات الرحمة والإنسانية، ولكن هذا الباعث يقدر تقديرًا موضوعيًا ولا يكفي بتقدير الفاعل الشخصي، فلا يجوز للمؤمن على السر إفشاءه إلا إذا كان اقتناعه أو اعتقاده قائمًا على أساس جدي، وأن الرجل المعتاد في ظروفه يعتقد بما اعتقد به، ومن أمثلة حسن الباعث:-

إفشاء السر أمام القضاء استجابة لطلب من أقصى له السر، أو حماية للمصلحة العامة^(٤)، كما في إفشاء الطبيب لسر مريض راه يستحم في حمام عام أو يزاول عملاً في مطعم أو لاعتبارات إنسانية سامية كما لو أفضى سر مثل هذا المريض لزوجته^(٥).

وأخيراً فإن الخطأ العمد قد يتجسم على صورة إكراه يستعمله المدين لإرغام الدائن على قبول التنفيذ المعيب وهذه الصورة تتضمن أعلى درجات سوء النية، ذلك أن جوهر الإكراه هو انتزاع الرضا بالقوة أو التهديد^(٦) ومثل ذلك كان يضعه المتعاقد الآخر بين خيار قبول التنفيذ المعيب للالتزام أو عدم التنفيذ بزعم عدم قدرته .

(١) المواد (٣٥ - ٣٨) من قانون البرينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠١ والتي تنص في الميع من الشهادة لأشخاص من أمثال موظفي الدولة بخصوص معلومات تتعلق بشؤون الدولة ومن المحامين أو الوكلاء أو الأطباء بإفشاء أسرار حصلوا عليها عن طريق مهنتهم أو أحد الزوجين أو يعصي بسر حصل عليه أثناء الحياة الزوجية أو لمريد من التفصيل أنظر نملح عواد القصاصة البرينات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، جمعية عمال المطابع، ١٩٩٤، ص ١٥٨ - ١٦٠.

(٢) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، القاهرة، ١٩٤٦، الجزء الثاني، بقرة ١٧ ص ٥٠.

(٣) أنظر ص ١ من الفصل الأول من رسالتنا هذه.

(٤) المواد (٣٥ - ٣٧) من قانون البرينات الأردني.

(٥) حس ركي الأبراشي، مسؤولية الأطباء الجراحين في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، ص ٤٣٦، ٤٣٥.

(٦) المواد (١٣٥ - ١٤٢) من القانون المدني الأردني والحاصنة بالإكراه كأحد عيوب الرصد.

المطلب الثالث

انتفاء الغش

يعرف الغش بأنه: كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من المدين بالتزام عقدي أو من تابعيه بقصد إحداث الضرر^(١)، ويعرف أيضاً أنه: "تعمد التصرف على وجه يخالف أحكام القانون"^(٢)، وبهذين التعريفين يحتم توفر سوء النية لدى مرتكب الغش، فبحسب أمام خطأ ذي ميزة معينة، خطأ يؤول مرتكبه الإصرار بالغير عن طريق (خداعه واغفاله)، ويمكننا أيضاً القول قياساً على تعريف التفرير في تكوين العقد بأن التفرير في تنفيذ العقد، هو ما يدعى بالغش في هذه الحالة.

أن النية السيئة تتجسم في عمل يتخذ سمة عدم المشروعية ومن السهل عندئذ تبعا لطبيعة العمل المرتكب، الحكم على هذا العمل بكونه جريمة مدنية.

وللغش ركنان معنوي وموضوعي، يتمثل الركن المعنوي في الرعية في التصليل توصلاً لعرض غير مشروع بمعنى أن نية أو قصد الإصرار بالغير^(٣)، ويتمثل لانداء هذا الركن عدم قيام الغش وشم التصليل الحاصل، إذا قدم المدين الى الدائن معلومات غير صحيحة أو أهمل في تقديمها عن حسن نية أي دون علمه بعدم مطابقتها للحقيقة، فلا يعد غشاً رغم أنه أوقع الدائن في غلط.

أما الركن الموضوعي للغش، فهو يتحدد بصورة (فعل) أو كتمان^(٤)، والفعل هو عبارة عن الوسائل الاحتيالية، التي يلجأ اليها المدين لإيهام الطرف الآخر.

(١) عند السرحان، بوري حاطر شرح القنون المدني الاردني، مرجع سابق، ص ٣٣٤، ويشير فيه المؤلف الى تعريف الغش في المادة (١٧) من قانون النقل العرقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.

(٢) حسن جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٩٣-٩٥، ويشير فيه المؤلف الى تطور مفهوم الغش حيث كان بالمفهوم التقليدي يجب توفر نية الإصرار بالطرف الآخر، أما في المفهوم الحديث فإن مجرد تعمد التصرف المحال للقانون يعتبر غشاً.

(٣) بوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٤) المرجع ذاته، ص ٤٩.

ولكن هذه الوسائل يجب أن تُلغ حداً معيناً من الجسامة لكي يتحقق الركن الموضوعي للغش، والأخلاق مثلاً تتطلب من المرء صدقاً وصراحة تامة في علاقاته مع الآخرين، ولكن القشور لا يحظر الكذب والكتمان اللذين يكونان من طبيعة مؤثرة عن دهر الطرف الآخر، والتاجر الذي يدعي حلاً للحقيقة بأن منتجته أفضل من سائر منتجات منافسيه أو أن أسعارها أرخص من أسعارهم هو تاجر سيئ النية يحاول غش المشتري، ولكن مثل هذه المحاولات أصبحت معتادة من قبل التجار لا يجوز أن يحدع بها لحد^(١)، وهي من باب الغش الجريء^(٢).

ومن أمثلة الكذب التليسي ما حطره القانون صراحة في عقد التأمين من تقديم معلومات كاذبة من المؤمن له، فالرم المؤمن له بتقديم كل المعلومات التي يهتم المؤمن معرفتها لينتج من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه^(٣)، ويلتزم المؤمن له كذلك أن يحظر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة المخاطر^(٤).

وفي هذه الحالة يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا كان المؤمن له قد تعمد كتمان أمر وقدم عن عمد بيانات كاذبة وكان من وراء ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن^(٥)، وعلى ذلك يعد المؤمن له قد قدم بيانات كاذبة إلى شركة التأمين، إذا ادعى بأنه لم يصب بمرض سابقاً ولكنه بالحقيقة كان قد أصيب بالمرض^(٦).

(١) عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز في شرح الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصدر الالتزام، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، ١٩٨٠، ص ٨٨.

(٢) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٣) المادة (١/٩٢٨) من القانون المدني الاردني، المادة (٩٨٦/ب) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (٢/٩٢٧) من القانون المدني الاردني، المادة (٩٨٦/ج) من القانون المدني العراقي.

(٥) المادة (١/٩٢٨) من القانون المدني الاردني، المادة (١/٩٨٧) من القانون المدني العراقي.

(٦) ياسين جبوري، المبسوط، انعقاد العقد، الجزء الأول، المجلد الأول، القسم الأول، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

ولا يعتد بالكذب بالنسبة إلى البصاعة محل التعاقد إلا إذا وقع في حقيقتها أو طبيعتها أو أمر مرغوب بها^(١)، أو نوع البصاعة أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سبباً أساسياً في التعاقد، ويقصد بحقيقة البصاعة أو طبيعتها أو أمر مرغوب فيه تلك الخواص اللازمة للبصاعة والتي لو رآها لما أقدم المشتري على الشراء لأن فقدانها يغير الشيء المبيع ويجعله غير صالح للاستعمال الذي يفصده المشتري، ومثال ذلك شراء شخص ساعة على أنها لا تتأثر بالماء فإذا بها تتأثر به، أو شراء شخص لؤلؤاً على أنه طبيعي فإذا به اصطناعي^(٢)، ومن الوسائل العشية المنضممة لأعمال يدوية مادية، عندما يظهر المتعاقد المعقود عليه إلى التعاقد تحت تأثير ذلك المطهر الكاذب الذي أحفاه على المعقود عليه، ومثال عليه صبح الثوب القديم، وصنع السيارة القديمة^(٣).

والعش في البيع أو في العقود الأخرى التي تقتضي تسليم أعيان موقولة قد يعترس بتكوين العقد فيكون العش دافعاً إلى التعاقد إلا أن هذا العش يستقل إلى مرحلة التنفيذ عندما يباشر بتسليم وتسلم المبيع أو الأعيان الموقولة التي ترد عليها العقود الأخرى، ويكون العش في تنفيذ هذه العقود بحالة التلاعب بحقيقة الأشياء أو ورنها بعد تكوين العقد وأثناء التسليم.

أما في عقد الوكالة فيمكن أن يشاهد في تنفيذه صوراً أخرى من الكذب العشي من الوكيل تجاه الموكل، ومن ذلك، أن يدعي تاجر المجوهرات الذي توكل في بيع مجوهرات الموكل، واستولى عليها بدلاً من أن يبيعها بأنها سرقت منه، وهو يحاول تصليل الموكل بأنه لم يخس الأمانة.

أو ما يدعيه الوكيل بالبيع من أنه باع الشيء بثمن أقل مما قبضه في الواقع بينما احتفظ بالفرق لنفسه، وقد يتخذ الإدعاء الكاذب صورة تنظيم مستند يثبت فيه بالتواطؤ مع المشتري أو البائع - الثمن غير الحقيقي للشيء الذي بيع أو اشترى^(٤).

وإلى جانب الأفعال العشية، يوجد الكتمان (السكوت) العشي، وهو الموقف السلبي الذي يتخذه المدين في كتمان بعض الحقائق مما يؤدي إلى إيفاق الدائن في غلط، و يوجد كتمان عشي

(١) المادة (١٥٣) من القانون المدني الأردني.

(٢) ياسين الجبوري، المبسوط، العقد المقدس مرجع سابق، ص ٤٦٦.

(٣) عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، هي العدد، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ١٩٩٣، ص ٤٣٧.

(٤) جدي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

كلما كان المدين ملزماً تبعاً للقانون أو لطبيعة العقد أن يفصح عن أمور معينة استجابة لوجوب توفر الثقة المتبادلة بين الطرفين.

ويمكن أن نشاهد تطبيقاً لهذه الفكرة مع ما أورده القانون المدني العراقي من بعض الأحكام في عقد البيع مثلاً، فالنوع لا يصغر عبثاً قديماً كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية^(١)، ولكن هذا الالتزام على المشتري بوجوب فحص المبيع بما ينبغي من العناية فقط إذا لجأ البائع إلى إخفاء العيب بعش منه^(٢)، ومن أمثلة ذلك الكتمان العسّي أيضاً، كتمان البائع عن المشتري استحقاق المبيع للغير بوقد شدد القانون جراء البائع في هذه الحالة فالرّمه فوق الثمن والمصروفات والتحسينات التي أنفقها المشتري على المبيع، والزمه أيضاً بالإصرار التي شأت باستحقاق المبيع^(٣).

وهنا يثور تساؤل هل أن الغش أكثر إمعاناً في مخالفة الأخلاق من الخطأ العمد .

الفوايس المدنية لا تشير عادةً إلا إلى العش والخطأ الجسيم لما كانت أعمال الغش تنطوي على خرق أشد للأخلاق من مجرد الخطأ العمد البسيط، لذلك فإن العش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد وهو ينطوي تحت اصطلاح (الخطأ العمد) إذ أن كل عش هو خطأ عمد، ولكن الخطأ العمد ليس غشاً دائماً.

ولهذا فإن الفارق بين العش والخطأ العمد في نطاق العقد، هو أنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة العش أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أية تعيد له^(٤).

وإذا تساءلنا عن موقف القانون المدني العراقي من الخطأ العمد لراينا أن القانون ساوى في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم^(٥) وذلك بمسألة الحديث عن الالتزام متى كان ببذل عناية و ليس لتحقيق نتيجة، ولم يتطرق إلى الخطأ العمد، إذا كان الخطأ الجسيم إهمال كبير وعدم حيطة

(١) المادة (٤/٥١٣) من القانون المدني العراقي، المادة (٥٥٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (٢/٥٢١) من القانون المدني العراقي، انظر أيضاً تمييز حقوق ٨٧/١٧٧ منشور على صفحة ٤٥ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠، أيضاً تمييز حقوق رقم ٨٧/٣٨٤ منشور على صفحة ٢٠٤ من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠ .

(٣) المادة (٥٠٥) من القانون المدني العراقي، المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي.

(٤) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٥) المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني العراقي، المادة (٢/١٦٩) من القانون المدني العراقي.

وحذر من المدين لا يصل إلى بية الإضرار، ولكن المدين يعلم فيه بالضرر الذي يمكن أن يلحق بدائه^(١)، لهذا فهو يساوي العش في حكمه إذا كان من باب أولى أن يتساوى الغش والخطأ العمد في الحكم أيضاً وفي هذا المعنى لا يقصد بالعش إلا (الخطأ العمد) بالمعنى الواجب اعطائه لهذه الكلمة في القانون المدني، فالعش يراد منه سوء النية^(٢).

ويمكن القول بأن هذه التفرقة لا تعني سوى تغليب تسمية النوع على تسمية الجنس، وربما هناك أسباب أدت إلى هذا التزجيج، فالمدين مضطر في كثير من الحالات إلى ستر خطئه بادعاءات تصليحية، كما في استيلاء الوكيل على مال الموكل، ودعاؤه بأن المال قد سرق من حوزته، فالعش في كثير من الأحوال يستخدم لستر خطأ عمد أي يظهر وكأنه فعل مشروع، وفي أحيان أخرى يؤدي بحد ذاته إلى ما يهدف إليه المتعاقد من الإصرار بالغير.

ومن حيث الآثار القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية لا يوجد فرق بين العش والخطأ العمد فكلاهما له نفس الحكم القانوني كما بيينا، ولكن الاخلاق تنظر إلى العش على أنه من أعمال الحبث والمكر فهو أشد وقعا من مجرد الخطأ العمد غير المقرر بالعش^(٣)، وهذه الحالة الأخلاقية قد يكون لها أثرها في القانون الجنائي، إذ يعلب أن يتأثر بها القاضي فيشدد عقوبة مرتكب الغش، والوكيل الذي ينكر مال الموكل إنكاراً صريحاً دون تمويه يرتكب خطأ عمداً ولكنه يهين للموكل فرصة لمقاصاته واسترداد حقه منه، أما الوكيل الذي يكتم مال الموكل ويقدم له مستنداً مروراً يثبت فيه قيمة غير حقيقة لما اشتراه أو باعه يرتكب غشاً يمويه على الموكل حقيقة ما حدث وهو أمن من أي جرم مدني أو جنائي، وكلاهما يحويان الأمانة، ولكن القاضي الجنائي سينظر إلى جريمة الوكيل العاش على أنها اقترنت بطروف مشددة بما يشدد العقوبة عليه.

(١) عند السرحان، ونوري حاطر، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٢) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٣) المرجع ذاته، ص ٥٠.

المطلب الرابع

عدم استعمال الحق بسوء نية

نتناول هذا المطلب في فرعين، نخصص الأول لبيان علاقة بطرية التعسف في استعمال الحق بالأخلاق وهو بيان يتضمن علاقة هذه البطرية بمبدأ حسن النية، لأن هذا المبدأ ليس في حقيقته إلا مبدأ أخلاقياً، ونخصص الفرع الثاني لبيان وجوه إساءة استعمال الحقوق بسوء نية تبعاً لمعايير التعسف التي أقرها القانون المدني الأردني.

الفرع الأول

الجانب الأخلاقي في استعمال الحق

إن ممارسة الحقوق يجب أن تخضع للقاعدة الأخلاقية، ولذا لم تكن للقاضي فكرة واضحة عن هذه القاعدة فهو ليس أهلاً لتقديرها إذا كان يوجد أو لا يوجد سوء استعمال للحق^(١).

فعندما يبتع عمل على أنه مخالف لمصلحة المجتمع فإن المجتمع المقصود هو المجتمع الذي تموده الأخلاق، حيث واجب عدم الإصرار الإرادي بالآخرين يعد واجباً مقدماً على كل فرد، فالعبرة إذن في اتفاق الأعمال مع الواجب الأخلاقي^(٢).

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٧٨، ويشير فيه إلى -القاعدة الحظية في الالتزامات المدنية- هرة ١٠٢، ص ١٧٩.

(٢) المرجع ذاته، ص ٧٨.

فاستعمال الحق بسوء نية هو إساءة لاستعمال الحق وبطريقة إساءة استعمال الحق بهذا المعنى حديثة العهد بذلك أن المجتمعات التي كانت تفر الشكليات أو التي كان فيها إسراف في بصرة مبادئ الفردية الذي كانت تهدف إلى قيام الكيان التشريعي على أساس خلقي مبداء تسخير القوانين لحماية الفرد^(١).

وقد نص المشرع الأردني على نظرية إساءة استعمال الحق (أو التعسف في استعمال الحق) في المادة (٦١) من القانون المدني الأردني بقوله:

١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢- يكون استعمال الحق غير مشروع :

أ- إذا توافر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة^٢.

الواقع أن هذه النظرية تحدد الطريقة التي يجب أن يسلكها صاحب الحق في استعمال حقه بحسن نية، وقد صرحت قوانين عديدة^(٣)، عن العلاقة المباشرة بين مبدأ حسن النية كفكرة كلية، وبين الامتناع عن التعسف في استعمال الحق، فإن هذه النظرية ولدت وامت في كنف ذلك المبدأ وهي بمثابة الفرع من ذلك الأصل الكبير.

أما القانون المدني المصري فقد أريد بادئ الأمر إقرار نص فيه يشبه بصوص القوانين التي ذكر بها ارتباط نظرية إساءة استعمال الحق بمبدأ حسن النية، واقترح النص التالي: (لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا جاوز الحدود التي يقتضيها حسن النية أو الغرض الذي من أجله تقرر هذا الحق)^(٤)، ولكن الماقتلت أدت إلى إقرار نص آخر يتضمن الفكرة المقترحة مع

(١) حسن عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق ص ٢٦٠.

(٢) ومن هذه القوانين، القانون المدني السوري لعام ١٩٠٧ المادة (٢) منه، القانون المدني البولوني المادة (١٣٥) منه، قانون الموجبات والعقود اللبناني، المادة (١٢٤) منه، انظر ذلك - عبد الرزاق المسهوري، لوجيز في شرح القانون المدني، ج ٢ ص ٣٥٣، ٣٣٩، هامش ١.

(٣) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الأول، مناقشت لجنة مراد سيد أحمد، مناقشات لجنة كامل صدقي، ص ٢٠٥.

الاستغناء عن عبارة (حسن النية)؛ لأنها عبارة في نظر المشرعين قد يختلف على معناها، ولا توجد نشأتها معايير واضحة يمكن اللجوء إليها بسهولة مما يحتمل أن يحدث معه الاختلاف في الاجتهادات، وما يؤدي إليه من اضطراب في مفهوم الحق وعدم استقرار في التصرفات القانونية تعد نظرية إساءة استعمال الحق مدأ عاماً ينطبق على التصرفات والأعمال القانونية، ولذلك نجد أن كثيراً من التشريعات عالجتها ضمن المبادئ العامة للقانون المدني^(١)، أي في الباب التمهيدي^(٢) وفي هذا نقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن: (مدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن الالتزامات بل يمتد إلى الحقوق العينية وإلى روابط الأحوال الشخصية وإلى القانون التجاري وقانون المرافعات بل يشمل القانون العام أيضاً ولا يمكن القول بأن هناك إساءة استعمال حق الحريات أو حق الاجتماعات وهم جراً لذلك كان حرياً بالمشرع أن يحل النص الخاص بإساءة استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية حتى يبسط على جميع نواحي القانون بفروعه المختلفة، ولا يكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع..)^(٣).

الفرع الثاني

معايير استعمال الحق بسوء نية

لقد أوجد المشرع الأردني من خلال المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني معايير أربعة للتعسف في استعمال الحق بها نستطيع أن نعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعماله لحقه و يسأل عنه إذا سبب ضرراً للغير .

ونتناول هذه المعايير الأربعة بشيء من الإيجاز تباعاً .

(١) عدنان السرحان، موري حاطر شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٤٠٣.
(٢) المادة (٧) من القانون المدني العراقي، المادة (٥) من القانون المدني المصري، المادة (٦) من القانون المدني السوري، المادة (١٠٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٨٢.

أولاً: استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير.

لا شك أن المعيار الأول المنصوص عليه في الفرع الأول من الفقرة (٢) من المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني، هو معيار استعمال الحق بنية الإضرار بالغير لا يتسع إلا لغرض الحطأ العمد، إذ كان من يستعمل حقه سبباً النية، أي بقصد الإضرار بالغير يعد متعسفاً في استعمال حقه^(١) وفي تطبيق ذلك المعيار يعد بمعيار نفسي أو ذاتي في تقرير إساءة استعمال الحق هو قصد الإضرار^(٢)، ولذلك ينبغي على المصرون إثبات أن الفاعل لم يقصد من استعمال حقه غير الإضرار به، أما إذا لم يتم دليل على قصد الإضرار فإن القضاء جرى على استحلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحبه على نية من ذلك^(٣).

ولهذا فإن تعدد المصلحة في استعمال الحق ابعداً تاماً يعد قرينة على سوء النية، أي توافر قصد التعدي ونية الإضرار بالغير.

يمكن القول أن الحق العقدي في معظم الأحوال محدد في مضمونه وفي الفائدة المرجوة منه حسب اتفاق المتعاقدين، ولأجل أن ينسب سوء استعمال الحق إلى المتعاقد، يجب انتفاء أية فائدة للمتعاقد من ممارسة حقه، كالمتعاقدين الذي ينتظر حلول أجل لتفويض التزامه دون أن تكون له فائدة في هذا الانتظار بل لمجرد إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر، وكذلك في لجوء المتعاقد في العقود الرمنية غير المحددة إلى استعمال حقه في إقامة دعوى فسخ العقد، لا لشيء إلا بساغت الإضرار بالطرف الآخر كما يحدث ذلك في عقود الوكالة والشركة والمقاولات ومن العقود الزمنية الأخرى عقد الإيجار والوديعة والعمل^(٤).

حيث قالت محكمة التمييز الأردنية في قرارها: "إن عدم دفع الإيجار المتبقي والمستحق على المستأجر البالغ (١٥٠) فلساً فقط لا يعد سبباً للفسخ وأن المدعي تعسف في استعمال حقه في

(١) عدنان السرحان، بوري خاطر شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢) عبد المجيد الحكيم وأخرون، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٣١.

(٣) أطر تمييز حقوق رقم ٩٩/١٥٩٢، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٢، العدد ٩، ص ٢٣٠٥، تمييز حقوق رقم ٨٣/٩٠، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٣، ع ٥، ص ٦٧٨.

(٤) المواد (٦٨٧، ٨٢٩، ٨٩٢، ٨٦٧، ٨٦٦، ٦٠٤) من القانون المدني الأردني التي نظمت حقوق المتعاقدين في فسخ عقود الشركة والوكالة والوديعة والعمل والإجارة.

المطالبة بالفسخ، بحجة عدم دفع الإيجار كاملاً^(١)، وبهذا نجد أن توجه نية المالك إلى الإضرار بهذا المستأجر بسوء نية ويعتبر طلبه بالتولية متعسفاً في استعمال حقه حسب تقدير المحكمة.

وأيضاً يعتبر الفصل الذي يصدر عن صاحب العمل بلا مبرر ومخالفاً لنصوص القانون التي تحدد الحالات التي يجوز معها لصاحب العمل إنهاء خدمة العامل، فإذا لم تتوافر إحدى الحالات قام صاحب العمل رغم ذلك بفصل العامل بلا مبرر، فإن الفصل يكون عدولاً تعسفياً^(٢).

ثانياً: عدم التناسب بين المنفعة من استعمال الحق وما يصيب الغير من ضرر

فمقياس عدم التناسب مطلقاً بين مصلحة صاحب الحق ومصلحة المضرور وهو ما يدعى بمقياس رجحان الصرر^(٣) يمكن أن يتضمن سوء نية صاحب الحق في حالة وجود مصلحة غير جنية لصاحب الحق، مع فداحة الصرر الذي يصيب الغير بحيث تكون هذه المصلحة غير جنية ستاراً لتعطية سوء العقد، وفي هذا تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: «والمقياس في هذه الحالة ملائمة لكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توفر نية الإضرار بالغير»^(٤). وكذلك أيضاً هدم الميالح قليل التصدع الذي يفصل بين المالك وجاره الذي يسبب صرراً للجار لا يتناسب والمصلحة المتوخاة منه وهي تجديده وفي ذلك تقضي الفقرة الثانية من المادة (١٢٧٩) من القانون المدني الأردني أنه: «ليس لمالك الحائط أن يهضمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط»^(٥).

(١) تمييز حقوق رقم ٧٨/١٦٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨، ج ٧، ص ٨٩٤.

(٢) تمييز حقوق رقم ٩٠/٩٦١، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١، ج ٩، ص ٩٠١، أيضاً تمييز حقوق رقم ٩٠/١٠٨٤، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩١، ج ٩، ص ٢٠٣٤، وقرار رقم ٩٠/١١٣٤، ص ٢١٦٥.

(٣) عبدالرزاق السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة ٣٥٤، ص ٣٤١.

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٨١، وفي نفس النص راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٢١٠.

(٥) انظر ما يقابلها في القانون المدني العراقي في المادة (٢٢٩٢) منه.

ولكن ما القول فيما اذا كان صاحب الحق غير قاصد الإضرار بالطرف الثاني قصداً مباشراً ولكنه يعلم بالضرر الفاحش الذي يصيب الطرف الآخر الذي لا يتناسب مع المصلحة التي يحققها لنفسه، ومع ذلك يمضي في استعمال حقه على هذا الوجه الضار هل هو سيء النية وبعد مرتكباً خطأ عمداً؟.

جاء في مجمع الضمائم: رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار فيها فذهبت النار إلى زرع جاره فأحرق زرعاً، لا يصح إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير^(١).

ويمكن القول هنا أن هذا العلم وحده لا يكفي للقول بعمدية خطأ صاحب الحق طالما لم يكن قصد الإضرار هو الدافع الأول لعمله، ولأن العلم بما يصيب الغير من ضرر يلقي على عاتق صاحب الحق عبء اتخاذ احتياطات مما سبب وقوع الضرر، السبب الرئيسي في هذه النظرية هو أن استعمال الحق يختلف عن أداء الالتزام، فالمستور في أداء الالتزام هو تحقيق مصلحة الغير، لذا فإن من المقصود دائماً لجوء الملتزم إلى الإهمال والعش للتحلص من تعبد التزاماته كلياً أو جزئياً وبذلك توجد قرينة للتشديد في مسؤوليته^(٢)، لما في ممارسة الحق فالأصل فيها تحقيق مصلحة ذاتية مشروعة وكلمة الحق تعني سلطة وحماية قانونية للدائن^(٣).

وبالتالي فمن يعلم بالضرر الذي يصيب الغير ويمضي في استعمال حقه فهو إما عابث مستهتر أو منطو على نية خفية يصمم الإصرار بالغير تحت ستار مصلحة غير جدية^(٤)، وفي استعماله حقه على هذه الصورة خطأ جسيماً يلحق في حكمه الخطأ العمد.

(١) لأبي محمد بن غانم البغدادي، الطبعة الأولى، طبعة ١٣٠٨ هـ، ص ١٦١.

(٢) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٣) المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني والتي عرفت لحق الشخص بأنه: «رابطه قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بقتل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل».

(٤) عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة ٣٥٤، ص ٣٤١.

ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة المرجوة من الفعل.

أما المعيار الثالث، وهو الإضرار بمصالح مشروعة، فالمقصود بالمصالح المشروعة مصالح حفظ للنظام العام والأداب، وأحكام القانون الأمر^(١) والقول بسوء النية في هذا المجال يقتضي القول بأن المتعاقد يستعمل حقه استعمالاً منافياً للمصلحة المشروعة وهو ينوي الإصرار بالمتعاقد الآخر كما في قيام رب العمل بفصل العامل الذي ينتمي إلى النقابة المختصة به ورملائه^(٢)، وذلك أن رب العمل له حق فسخ عقد العمل في بعض الأحوال، ولكن استعمال هذا الحق بما يترتب عليه فصل العامل لا لشيء إلا انتقاماً منه بسبب انتمائه إلى النقابة وإكراه الآخرين على عدم الانتماء يعد تعسفاً في استعمال الحق مفروباً بالنية المباشرة بالإصرار بالعامل على صورة الاستعمال المناهض للقانون، وعدا مثل هذه الحالة فإنه بمجرد انصراف إرادة المتعاقد إلى إتيان العمل الذي يعدّ إحلالاً بالمصلحة العامة، دون اتجاه نيته إلى الإصرار بالمتعاقد الآخر بالذات ودون وجود رابطة طبيعية تحتمّ بشوء الصرر للمتعاقد الآخر من هذا العمل، ولا يكفي للقول بسوء نية المتعاقد في علاقته العقدية، وإن كان يجهل الفعل الجائز، إذا كان الفعل الذي تعمد إثباته يعد جريمة في نظر القانون ومتوهداً، مثال ذلك أن يجمع المستأجر مجموعة من أصدقائه للعب القمار في شقته المستأجرة يعرض التسلية أو أن يخفي فيها بعض أقاربه المطلوبين للعدالة بدافع العطف عليهم، ففي مثل هذه الحالات يلزم حتماً تولد الصرر للمؤجر إذ يجوز أن ينفي المأجور مصاباً من كل تحرير، وإذا كان القانون يحول مؤجر الشقة فسخ الإيجار في هذه الحالات، فالمسبب في رأينا هو عسدم تقيد المستأجر باستعمال المأجور وفقاً لما أعد له، بإهمال لا عن سوء نية، ذلك أن إتيان العمل محل المحالفة عمداً لا يعني أن الخطأ عمد، بشرط الخطأ العمد هو انصراف نية المتعاقد للإضرار بالطرف الآخر، ولأن القانون يمنح حق الفسخ في هذه الحالة رغبة للنظام العام، وبعض النظر عن حدوث ضرر للمؤجر أو عدم حدوثه^(٣).

(١) تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني اللبناني، الجزء الأول ص ٨٢: "ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها محالفاً حكماً من أحكام القانون فحسب وإنما يتصل بهذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب والمصلحة غير المشروعة هي المصلحة الخاصة المناهضة للمصلحة العامة، وتفصيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أمر واجب، وهذا التفصيل يجد سنده بالإضافة إلى ما نجده في طريقة التعسف في استعمال الحق الحديثة في أحكام الشريعة الإسلامية العراء، أيضاً في مجلة الأحكام العدلية وهي: (يتحمل الصرر الخاص لدفع صرر عام) المادة (٢٦٥) منها، و (يختار أهون شرين) المادة (٢٩).

(٢) عدلي السرحال، بوري خاطر شرح القانون المدني اللبناني، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

(٣) المادة (٥/ج) من قانون المالكين والمستأجرين رقم (١١) لسنة ١٩٩٤.

رابعاً : تجاوز ما جرى عليه العرف و العادة في استعمال الحق .

لما المعيار الرابع^(١)، فهو تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق حيث أن المشرع الأردني وكما أشار في المذكرات الإيضاحية قد أخذ هذا المعيار مما استقر عليه الفقه الإسلامي في هذا المجال، وقد أشار الفقهاء المسلمين إليه كمعيار ومناطق للتعسف، حيث يحددون هذا المعيار فإن الاستعمال للحق غير المعتاد هو عبارة عما يكون مع عدم الحيطة والتبصر إلى الطريقة التي يمارس فيها الحق مما يخرجه عما ألفه الناس وأهل الخبرة عادة، وقد أشار إليه الحنفية في كتبهم فقالوا : "تصرف المالك في ملكه لا يتقيد بشرط السلامة مع ورود التقيد بالاستعمال المعتاد"، ومثال ذلك عفوهم عن سقى ررعه بطريقة لم يألفها الناس فأثقلت بذلك زرع جاره^(٢).

وتطبيق ذلك على مضار الجوار غير المألوفة عادة، حيث يسمح العرف ببعض الصرار المألوفة بين الجيران مثل الحفلات في المناسبات والعطل الرسمية، ويصن القانون على : ١- على المالك ألا يعلو في استعمال حقه إلى حد يصير لملك الجار، ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة^(٣)، ومن تطبيقات الصرار الفاحش ما نص عليه القانون بقوله : "حجب الضوء عن الجار يعد صرراً فاحشاً فلا يسوع لأحد أن يحدث بناء يسد به بواحد بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه، والا جار للجار أن يطلب رفع البناء دفعا للصرر"^(٤). ويعد هذا المعيار الأخير مكملًا ومؤكداً للمعايير الثلاثة السابقة فهو يشترك معها في تحديد التعسف في استعمال الحق.

والخلاصة من ذلك أن نظرية عدم إساءة استعمال الحق تعد تطبيقاً للقاعدة القانونية الأساسية المتضمنة وجوب عدم الإصرار بالغير طوعاً ودون مبرر مشروع وإن العمل السيئ هو نقص الحق نظراً للطبيعة المناقضة للمجتمع ولطبيعة الهدف الذي يقصده مستعمل الحق بمحاولة تعير الحق من وظيفته الاجتماعية بعد تعسفاً لا يستحق الحماية، عندما يكون في التصرف بالحق تغير غير منطقي أو غير مألوف في عناصره وفي نتائجها.

(١) وبلا حظ أن المشرع الأردني قد انفرد بهذا المعيار عن باقي التشريعات العربية التي لم يرد بها ما يشابهه.

(٢) إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف فيه مطبعة فرهراء الحديثة، الموصل، الطبعة الأولى، ١٩٨٤، ص ١٤٧.

(٣) المادة (١٠٢٧) من القانون المدني الأردني.

(٤) المادة (١٠٢٥) من القانون المدني الأردني. راجع أيضاً المادة (١٢٧٩) من القانون المدني الأردني.

المطلب الخامس

انتفاء الخطأ الجسيم

الخطأ الجسيم هو الخطأ الناشئ من عدم العطفة أو الإهمال وانحراف شديد بالسلوك مع توقع الفاعل احتمال حصول ضرر وقد ذكرنا لدى مطلب الخطأ العمد بأن الخطأ الجسيم قريبة على الخطأ العمد، ومتى يعتبر درجة من درجات خطأ الإهمال ملحقاً بالخطأ العمد لا قريبة عليه^(١).

في رأينا أن نية الإضرار هي التي تعين على الجواب.

فإذا كان مرتكب الخطأ الجسيم يقصد مند البداية إلحاق الضرر بالغير، ولكنه تخلصاً من وطأة المسؤولية لم يرد أن يطهر بمطهر الفاعل الإيجابي، بل بمظهر المتحد لموقف سلبي، وكان لا يمكن عقلاً تغيير موقفه إلا عن طريق افتراض اتجاه قصده إلى تحقيق النتيجة غير المشروعة، كانت خطوة المتحد مطهر الإهمال قريبة على الخطأ العمد، أما إذا لم تتوفر نية الإصرار فإن الإهمال الذي لا يرتكبه حتى الشخص دون المعتاد وهو خطأ جسيم يلحق من حيث أثاره بالخطأ العمد.

والخطأ الجسيم بصفته أعلى درجة من درجات خطأ الإهمال يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار ذاتي، ولكن يمكن إلحاقه بالخطأ العمد من حيث الآثار وهذا يجعل من المناسب البحث فيه ضمن الأخطاء التي تقاس بتوفر سوء النية لدى مرتكبيها وعمل المشرع هذا يجد أساسه التاريخي فيما كان سائداً في الفقه الروماني من أن: "الخطأ الجسيم أحر الغش والحدیعة"^(٢).

^(١) مدون جوستنيان، ترجمة عبد العزيز فهمي، مرجع سابق، ملحق بتقريرات خاصة بالتبعات والصمان، صفة ٦.

فما هي فكرة الخطأ الجسيم، وما هي سمات هذا الخطأ المميزة له عن سائر الأخطاء غير العمدية في جانب المتعاقد الذي تعنيه من الآثار التي تترتب على الخطأ العمد وفي حال ثبوته، ويرتب عليه نفس آثار الخطأ العمد في أغلب الأحوال .

وفي صدد هذا الإيضاح يبحث عن فكرة الخطأ الجسيم كما صورها بعض الفقهاء، هذا في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سوف يبحث به مفهوم الخطأ الجسيم ويبحث عن سلطة القاضي في تقدير الخطأ الجسيم وهذا في الفرع الثالث.

الفرع الأول

فكرة الخطأ الجسيم

أتجه للقضاء الفرنسي إلى تحديد فكرة الخطأ الجسيم بدرجة الجسامة التي يتميز بها عن الخطأ العادي، ويفترض به العش من حيث أنه غير اختياري^(١)، وبذا الفكرة عرفت محكمة السين الفرنسية للخطأ الجسيم : أنه ليس هو الخطأ الذي يقدر بمعيار شخصي، ولا هو الخطأ المهني، ولا هو الخطأ الذي يرتكبه الفاعل بقصد أحداث الضرر أو يرقى إلى حد الجريمة، وإنما يتميز بطاقه بجسامة تتم من عدم الكفاءة أو عدم المبالاة الجبوي أنه تصرف بتهاون وقصور دون تنصر، أنه تهور واع^(٢).

وقد ذهب القضاء الأردني في بعض قراراته اعتماد معيار درجة جسامة الخطأ في تعريف الخطأ الجسيم، حيث نص على (أنه لا يسقط حق المصاب بالمطالبة بالبطل الإجمالي والتعويض ما دام أنه لم يتم عن فعله خطأ جسيم بلغ حداً من الخطورة)^(٣)، وإيضاً أن الخطأ الجسيم حتى يستوي مع الفعل المتعمد يقتضي أن تكون الجسامة في الخطأ بالغة حد الخطورة المماوية للفعل العمدي^(٤).

(١) بوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) محكمة السين في قرارها الصادر في شباط، ١٩٥٢، نقلاً عن بوري خاطر مرجع سابق، ص ٦٣.

(٣) قرار محكمة استئناف عمان، حقوق رقم ٦٣٦/١٩٩٠ الصادر في ١٥/١٠/١٩٩٠، غير منشور.

(٤) قرار تمييز حقوق رقم ١١ في القضية ٨٩/٧٢١ في ١٤/١٠/١٩٨٩، غير منشور.

ويرى جانب من الفقه أن الخطأ الجسيم يتأسس على درجة احتمال الضرر أو إمكان توقعه فإذا تعدد الشخص حصول الضرر وتكبد ان فعله سوف يؤدي اليه، ومع ذلك أقدم عليه يعتبر قاصداً نتيجة فعله ومتعمداً إياه، أما الشخص الذي كان يتوقع فقط حصول الضرر فيأتي الفعل دون أن يقصد حصوله فخطؤه يعتبر جسيماً^(١).

يمكن القول قياساً على رأي اسمان بأن إهمال الوكيل بإرادته في تقاضي الأجرة من المستأجر، إلى أن تمكن الأخير من نقل محمولاته إذا أدى إلى تفويت الأجرة يعد خطأ جسيماً وكذلك إذا كان وكيلاً في الإقراض فأقرض شخصاً طاهر الإعسار أو معروفاً بالمماطلة ولم يأخذ تامينات لضمان القرص أو أخذ ضمانات يعرف أن قيمتها غير كافية^(٢)، ففي الحالتين كان على المدين - الوكيل - أن يعلم بأن إهماله يحتمل أن يؤدي إلى حصول هذه الأضرار للموكل.

وقد عرفته بعض التشريعات العربية في قوانينها الخاصة بأنه كل فعل أو امتناع عن فعل يقع من الناقل أو من تابعيه مقرون بعلم لما قد ينجم عنه ضرر^(٣).

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "انحراف شديد بالملوك مقرون بتوقع الفاعل أو بإمكانه أن يتوقع احتمال حصول الضرر لو بذل من الحرص ما تتوجب الظروف من الشخص العادي"^(٤).

فقطع صاحب الأرض الماء عن الررع الذي قام بزراعته المدعي بموجب عقد بينهما يعد خطأ جسيماً يوجب الحكم بقيمة الضرر وإن جاوز مبلغ التعويض المتفق عليه^(٥).

(١) محمد عبد الطاهر حسي، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية/ القاهرة، ١٩٩٣ ص ٣٧٨، ويشير فيه إلى لفقه اسمان .

(٢) أنظر هذه الأمثلة في مسؤولية الوكيل عن الخطأ الجسيم، السهوري، الوسيط، الجزء السابع، مرجع سابق، فقرة ٢٥٢، ص ٤٦٣.

(٣) المادة (١٧) من قانون النقل العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٣.

(٤) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٥) عدلى السرحان، السهوري حاطر، شرح القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص ٣٣٤، ويشير إلى قرار محكمة التمييز العراقية المشار إليه عند عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، فقرة ٦٩٩، ص ٤٠٩.

ومن خلال هذه التعريفات المتعددة للخطأ الجسيم يمكن القول بأنه هو الخطأ أو
الانحراف الشديد في السلوك والذي يتوقع مرتكبه احتمال ترتب الضرر عليه أو أن شخصاً
عادياً يمثل ظروف مرتكبه كان سيتوقع احتمال ترتب الضرر عليه وبلغ حداً من الجسامة.

الفرع الثاني

مفهوم الخطأ الجسيم

إن أحكام المحاكم تدل على تطبيق مردوح فكرة الخطأ الجسيم، فهي تارة تستعمل هذا اللفظ بالمعنى المعروف في عهد الرومان وتارة تستعمله في معنى جديد تطلق عليه اصطلاح (الخطأ غير المغتفر) وقد استعمل القضاء الفرنسي الخطأ الجسيم بمعنى ثالث هو الخطأ المريح أو ما تسميه الخطأ المكسب والذي ينحصر في الحالات التي يرمى فيها المدعى بخطئه إلى تحقيق ربح أو اقتصاد في النفقات على حساب الدائن^(١).

ولقد أصبحت الحالات التي اعتبرتها المحاكم خطأ جسيماً وسيلة لتعيين مفهوم الخطأ الجسيم وذلك بالقياس عليها.

ومنستعرض مفهوم الخطأ الجسيم من خلال معانيه الثلاثة و هي :

أولاً : الخطأ الجسيم بالمعنى التقليدي

لقد اعتبر القضاء المقارن الحالات الآتية خطأ جسيماً وهي :-

١- إذا كان الضرر مائلاً بمصالح حيوية للإنسان -كسلامة جسمه- بسوء حاصر -لذا أن الأمر يقتضي أشد^(٢).

(١) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء، مرجع سابق، ص ١٤٨، عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٩٥، نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم، مرجع سابق، ص ٦٤.

٢- إذا كان الإخلال حاصلًا بالتزام علق عليه الدائن أهمية خاصة -أو على الأقل إذا كان المدين عالمًا بهذه الأهمية^(١)- فإذا صدر شخص بصاعة وتطلبت سرعة خاصة في توصيلها فإن تأخر الناقل في نقلها يعد خطأ جسيمًا وإن عد في الأحوال العادية خطأ يسيرًا.

٣- حالة ما إذا كان تحت تصرف المدين من الوسائل الفعالة ما يضمن له حسن التنفيذ، ومع ذلك أخطأ في التنفيذ فمؤولية أصحاب المهر أشد من مسؤولية الشخص العادي، فالإهمال الذي لا يوصف بأنه من قبيل الخطأ إذا صدر من أحد الأفراد قد يعتبر خطأ جسيمًا إذا ارتكبه صاحب حرفة في عمله^(٢).

٤- الخطأ قد يعتبر تأفها، إذا صدر من الشخص لأول مرة، فإن تكرر حصوله منه عد خطأ جسيمًا مثلًا لو أن السرقات تكررت، فإن إهمال الناقل لأول مرة الذي قد يكون في ذاته خطأ تأفها يصبح خطأ جسيمًا في المرات التالية، لأن كل عليه أن يفهم ما يفهمه كل الناس من احتمال استمرار السرقات فيضاعف من عنايته في حراسة البضاعة المفقولة.

٥- قد يكون الخطأ في ذاته تأفها، ولكنه إذا اقترب بأخطاء أخرى يصبح جسيمًا، مثلًا إذا ترك شخص كيسًا فيه جواهر ثمينة في إحدى عربات السكك الحديدية فوق كان مهملاً، محطناً، ولكن خطأً يصبح جسيمًا إذا كان الكيس من الصعر بحيث كان من السهل عليه أن يحمله أينما ذهب^(٣).

٦- يعتبر مرتكبًا خطأً جسيمًا الدائن أو المدين الذي يتراخى في تنفيذ التزامه ويتردد عن بقطته العادية، اعتماد منه على الحماية التي يوفرها له عقد التأمين، أو الحصانة التي يهيئها له شرط الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها^(٤).

(١) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٩٥، بوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٢) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء، مرجع سابق، ص ١٥٦، عبد الجبار ناجي، المرجع السابق، ص ٩٦، خاطر، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٣) حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص ٤٥٧، عبد الجبار ناجي، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٤) عبد الجبار ناجي، المرجع السابق، ص ٩٦.

ولما الظروف المخففة للخطأ الجسم فهي:-

١- الظروف المحيطة بالشخص والسرعة المطلوبة.

وبهذا ما يعتبر من قبيل الخطأ الجسم في ظروف عادية قد لا يعتبر الا خطأ تأقها اذا أحاطت بالشخص ظروف اقتضت من سرعة لم يستطيع معها مراعاة الحيلة المطلوبة^(١).

٢- الالتزام بالمجان.

إن الالتزام بالمجان هو أحد صور عقود المجاملات التي تنشأ عن العلاقات الأسرية و الاجتماعية بين أفراد المجتمع، فهي علاقات تنبى على المودة و التعاون بين الناس و لا يترتب عليها أي اثر قانوني (التزام) و مثال ذلك موضوع النقل بالمجان، فلو دعا شخص آخر لحضور مباراة على أن يأحده معه بسيارته الخاصة و حصل حادث أو ضرر للراكب نتيجة لخطأ السائق فالقاضي قد يتساهل في تقدير الخطأ اذا كان الالتزام بالمجان حيث يشترط فيه أن يكون جسيماً لأن من يقدم خدمة مجانية يقصد أن يلتزم في مستوى العناية التي كان يبذلها لو كان يتقاضى أجراً على عمله فالالتزام يجب أن يتناسب مع الثمن^(٢) أي المقابل من هذا العقد و ذلك لأن عقود المجاملات (المجانية) تلتقي مع العقود القابلية من أن كلاهما و ليد الإدارة.

(١) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء، مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٢) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء، مرجع سابق، ص ٤٠٥، بوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسم، مرجع سابق، ص ٧١.

ثانيا: الخطأ الجسيم بمعنى الخطأ غير المغتفر

الخطأ الجسيم بهذا المعنى الذي يصدر عن اصحاب المهن في ممارستهم لمهنتهم وتقديم الخدمات المطلوبة إلى عملائهم كخطأ المحامي أو الطبيب أو خطأ رب العمل، فهو الفعل أو الترك الذي يتم عن خرق لكيد للقواعد المهنية بانعقاد الرأي بين أرباب المهنة الواحدة وعدا هذا الفعل أو الترك فإن المهني لا يعد مسؤولا عن أي فعل أو ترك غير، فالتشك في كون الفعل أو الترك يشكل خرقا للقواعد المهنية، بأن تكون صحته موضع خلاف بين أبناء المهنة الواحدة، أو يوجد له بعض المبررات المعقولة، يفي عنه صفة الخطأ الجسيم والقضاء بتأثره باعتبارات النظم الاجتماعي وتعزيز روح الابتكار والتجديد لم ير داعيا إلى مسائلة صاحب المهنة عن كل النتائج غير المرضية للعمل، إذ لو فعل ذلك لشل أيدي المهندسين والعلميين عن ممارسة أعمالهم التي تخصصوا بها وأصبحت مناط رقيهم، وهذا يؤدي من جهة ثانية إلى أن يسود الجمود والتخلف ميادين الأعمال الحرة وتتناقص فعاليتها في خدمة المجتمع.

تلك الخدمة الملحة التي لا يرى المجتمع غنى عنها بحال والقضاء في مساعلته لصاحب المهنة يطر إلى اعتبارين: الاعتبار الأول: مسح المجال للاجتهد مهني لاداء الخدمة بأفضل طريقة و بأجدى النتائج .

الاعتبار الثاني: التشديد مع المهني في كل خطأ يشك أنه خرق لكيد للقواعد القانونية والمهنية^(١)، واعتبار هذا الخطأ جسيما ومعاملة مرتكبه معاملة المحطى عذابا صوباً وحماية لحقوق ومصالح الأفراد المتعلمين مع المهنيين.

(١) تمييز حقوق رقم ٨٨/٣٨٠، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٩٩، ص ١٤٠٦، حيث جاء فيه: "من المقرر في شأن الخطأ المهني ان المعيار الذي يقاس على هذا الخطأ هو معيار هي وبالتالي فهو معيار شخصي من اواسط رجال الفن، ومن ثم هذا الشخص لا يجوز له ان يحطى هينا استمرت عليه اصوله".

إن القول بأن سوء التقدير المهني وإن أدى إلى الإضرار بالمتعاقدين غير المهني لا يكون داعياً للمساءلة إذا كان سوء التقدير هذا لا يمكن أن يبدو من معظم هؤلاء الذين يمارسون مهنة معينة فهو مما لا يمكن التحرز عنه، ولا يعد خطأ قانونياً، أما سوء التقدير الناجم عن نقص في المهارة والكفاءة وكما يشهد بذلك أغلبية القائمين بمهنة معينة فهو الذي يطلق عليه الخطأ غير المعترف^(١).

وقد حاول القضاء الفرنسي أن يجد معياراً لمتل هذا النوع من الخطأ، فأصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في (١٩٣٢/٧) ميرت الخطأ غير المعترف بثلاث عناصر هي الصفة الإرادية للفعل أو الترك، والمعرفة بالخطر الذي يمكن أن يستج عن الفعل أو الترك، وأخيراً عدم وجود عذر يبرر هذا الفعل أو الترك^(٢).

وقد قصت الدوائر المجتمعة محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ (١٥/١٠/١٩٤١) بأن الخطأ الذي لا يعترف يتأدى في ذلك الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي، وينجم عن فعل أو ترك إرادي بكيف كان يجب أن يحامر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام أية دواع تبرره.

ومن ذلك أن الخطأ الذي لا يعترف من جانب رب العمل، ليس معناه ما يكون قد صدر عنه من إهمال ولو كان جسيماً، أو ما بدء منه بأفعاله الاحتياطات الواجبة لكفالة السلامة، إنما هو ذلك التهاون المطلق و عدم المبالاة بما يوجب من التعويض للخطر، بحيث تنعدم فيه أية دواع لوقوعه أو ما يبرر ذلك السلوك.

وهذا الخطأ تنعدم فيه نية الإضرار ما يميزه عن الخطأ العمد الذي يجب توافرها فيه ثم تلا تلك الأحكام ما يؤيد هذا الاتجاه ويؤكد بأنه ليس ضرورياً أن يتوافر علم الفاعل بما يترتب على الفعل أو الترك وإنما يكفي أن يكون قد دار بخلده إمكان وقوع الخطر الذي استخدم إرادته في عدم توقيه^(٣).

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) نوري حاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٥٤.

(٣) حسين عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سبق، فقرة ٢١، ص ١٨٥.

وان الخطأ الذي لا يغتفر إنما يحلو من معنى الغش الذي قد يقارب الخطأ الجسيم أو يشتبه به ، وهذا هو وجه التفرقة بينهما ، فيعتبر محطناً خطأ لا يعترف، رب العمل الذي عهد الى إحدى عاملاته بمصباح موقد وقد ملأه بمادة انفجرت بدلاً من أن يملأه بزيوت البترول . وكذلك يحطى رب العمل خطأ لا يعترف بإخافته - مخالفة القوانين و الأنظمة - إشعال النار في أمكنة أودعت بها مواد ملتهبة، بينما هو أيضاً - على عكس ما يجب لتباعه من اللوائح في هذا النوع من المنشآت - لم يكن قد جهر تلك الأمكنة بالآلات الإطفاء و لا بشر التعليمات الواجب مراعاتها في حالة حدوث حريق (١).

وبهذا يمكن قصر المسؤولية بالنسبة الى المهنيين على الخطأ الجسيم وحده، وهذا ما ورد في قانون نقابة المحامين الأردنيين: "على المحامي أن يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص وهو مسؤول في حالة تجاوز حدود الوكالة أو حطئه الجسيم" (٢)، فالخطأ الجسيم في هذه الحالة، هو الخطأ الذي يتفق الرأي بين أرباب المهنة الواحدة على مخالفته لقواعد المهنة لذلك فإن مرجع الحكم ما إذا وجد خطأ جسيم من جانب المحامي هو المحامون أنفسهم (٣) في الانحراف الشديد في السلوك المهني الذي لا يقع في العادة من أقل المهنيين حرصاً، فإن للفاضي تبعاً لذلك أن ينسب الخطأ الجسيم له ويرتب عليه المسؤولية.

ومن أمثلة خطأ المحامي الجسيم حالة أن يذهب إلى الجلسة وهو في حالة سكر واضح مما يؤدي الى تضارب أقواله وعدم اتزان تصريحاته أو إهماله في ملف القضية مما ينتج عنه صياح معظم مستنداتها أو سرقتها أو في حالة تراخيه في رفع الاستئناف حتى فوات ميعاده (٤).

وكما يعتبر خطأ جسيماً غياب المحامي عن جلسة المرافعة بغير سبب جدي (٥) أو لم

(١) حسين عامر، المرجع السابق، فقرة ٢١١ من ١٨٦، ويشير الى حكم محكمة باريس في ٢ يولييه سنة ١٩٥٢ اجازين دي بآليه ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٢.

(٢) المادة (٥٥) من قانون نقابة المحامين النظاميين الأردنيين، وقد ذهب الى نفس الحكم قانون المحاماة العراقي لعام ١٩٦٧ في المادة (٤٣) منه.

(٣) تمييز حقوق رقم ٨٨/٣٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩، ص ١٤٠٦.

(٤) محمد عبد الطاهر، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٦٧-٣٦٨.

(٥) حسين عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، فقرة ٢٧٨، ص ٢٤٧.

يعرف المشرع الأردني الخطأ غير المعترف صراحة كبقية التشريعات العربية^(١)، ولكن يمكن الحاقه في نطاق العقود بالخطأ العمد، سبب انه الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حداً غير عادي وينتج عن فعل أو ترك إرادي أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل، مع تحلف أي سبب مندرج مع انه يتميز عن الخطأ العمد بتحلف عنصر العمد محل ذلك في اطار المسؤولية التقصيرية فلا حاجة لنا بالبحث في هذه الفروقات لأن كل خطأ يسأل عنه الفاعل لأن أساس المسؤولية هو الضرر وليس الخطأ .

ثالثاً : الخطأ الجسيم بمعنى الخطأ المربح

الخطأ المربح هو ذلك الذي يصدر عن ناعث لدى المدين للحصول على فرصة جديدة للربح^(٢)، فالناقل البحري، الذي يصنع البضائع على ظهر السفينة بدلاً من وضعها في محازنها على الوجه المتفق عليه في العقد والذي قدرت على أساسه أجرة النقل، ليخصص المحازر لبضائع أخرى، فيريد الكسب الذي يجنيه، ويرتكب خطأ جسيماً. وكذلك الناقل البحري الذي يفرع شحنة السفينة دون حيلة ويترك البضائع عرضة للأمطار رغبة منه في كسب الوقت^(٣)، أو الذي يتجر سفينته قبل تهيئتها للسفر^(٤) بكل هؤلاء يعاملهم القضاء معاملة مرتكب الخطأ العمد وبهذا يرى أن الخطأ غير المعترف ليس الا هو من قبيل الخطأ العمد كون أن توفر الصفة الإرادية في الخطأ تصفي عليه صفة العمد لأن توقع الفاعل نتائج فعله وقبوله إياها يكون ارتكب خطأ عمدياً.

(١) انظر المادة (٥٧) من قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥، والمادة ٥٨ من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق ص ١٠٢.

(٣) محمد إبراهيم نسوفي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية بدون سنة طبع، ص ٣٨٧، عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق ص ١٠٢.

(٤) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع سابق ص ١٠٢، ويشير إلى قرار محكمة مرسيليا التجارية في ٢٩ يوليو ١٩٣٠، المشار إليه من قبل محمود جمال الدين ركي، اتفاقات المسؤولية، القاهرة، ١٩٦١، رقم ٢٩ ص ٦٠.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تقدير الخطأ الجسيم

لقاضي الموضوع سلطة الفصل في ثبوت الوقائع المكونة للخطأ، إذ أن تحقق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله، هو في الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب على تقديره^(١)، ولكن تكليف تلك الوقائع وما إذا كانت تعتبر خطأ في جانب المدين أو أن الترك يرتبط بالصبر الناشئ لارتباط السبب بالمسبب، وكذلك تقدير نوعية الخطأ وما إذا كان غشاً أو خطأ جسيم أو غير جسيم هو من المسائل القانونية التي يحصص في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز^(٢)، لأنه من المسائل القانونية بعدما يتصدى القاضي للخطأ الجسيم، يجب أن يستعين أولاً بالمعيار الشخصي (الدقي)، ويعتمد بالمهارة الرائدة لدى الفاعل وخبرته وتعليمه وسهولة وكنائه وتخصصه وإمكانية وسمعته وسبق ارتكابه لهذا النوع من الحوادث مما يؤكد لديه على درجة الخصوص توقع احتمال حدوث الضرر، فيكون بصدد خطأ جسيم، إذا كانت هذه الظروف الداتية من شأنها أن يولد لديه توقع حدوث الضرر، أما إذا لم يتيسر للقاضي كشف توقع الضرر من الظروف الداتية للفاعل، فعليه باللجوء إلى المعيار الموضوعي، الذي ينظر إلى الشخص المعتاد في توقع حصول الضرر من عدمه^(٣).

ويعود سبب اعتماد المعيار الشخصي (الدقي) إلى جانب المعيار الموضوعي، إلى أن فكرة الخطأ الجسيم تستند في أساسها إلى القاعدة الخلقية وإن كانت لا تطابق فكرة الخطأ الأخلاقي تماماً بل تقترب من حيث توافر الحالة النفسية لدى الفاعل^(٤). وبهذا نجد أن الخطأ الجسيم يأخذ حكم الخطأ العمدي عن سوء نية، لأنه من الصعب إثبات الخطأ العمدي بطريق مباشر، فيستدل عليه بجسامة الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد أثناء التعاقد مع الطرف الآخر.

(١) قرار تمييز حقوق رقم ٢٨٦١/٢٠٠٢، مجلة نقابة المحامين، لسنة ٢٠٠٣، الأعداد السابع والثامن والتسع، ص ١٥٢٦، حيث جاء فيه: "حيث لا رقابة لمحكمتنا على محكمة الموضوع في ورر وتقدير النية طالما أن البيانات المقدمة تؤدي للنتيجة التي توصلت إليها محكمة الموضوع".

(٢) بسمين الجبوري، الميسوط، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص ٣٥٣، ويشير إلى فوز صالح درالكه، الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ١٧١.

(٣) نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٤) المرجع ذاته، ص ٧٧.

المبحث الثاني

آثار الإخلال بحسن النية وفقاً للأساس الشخصي

ستطیع القول بأن المشرع يرى في الإخلال بحسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الذاتي) إخلالاً بالنظام العام، ذلك أن المجتمع لا يسمح لأي فرد أن يعتمد إلحاق الضرر بالغير بهذه القاعدة كفرصها ضرورة التعايش وصيانة الثقة المشروعة وعلى ذلك فإن حسن النية بالأساس الشخصي (الذاتي) ذو أهمية تتميز عن أهمية حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي والمجتمع هو الذي منح حسن النية وفقاً للأساس الشخصي الذاتي هذه الأهمية الخاصة، إذ في الوقت الذي يعتبر أي إخلال به أمراً يستوجب فرض جزاءات قانونية مشددة تصل إلى حد العقوبات الجنائية على القائم بالإخلال، فإنه يرى في حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي مرتبة أدنى من حسن النية وفقاً للأساس الشخصي الذاتي، إذ يغلب ألا يرتب على الإخلال به من أثر سوى تكليف فعل الإخلال على أنه خطأ يستوجب التعويض إذا توفرت سائر شروط المسؤولية وبقيده واحد هو أن لا يبلغ هذا الخطأ حد الخطأ الجسيم الذي يعد ملحقاً بالخطأ العمد.

والواقع أن حطة بحثاً استوحت الأهمية النوعية لحسن النية بكل أساس على حده، إذ لو لم يوجد فرق بين نوعي حسن النية لما وجدت حكمة وفائدة من بحث كل منهما في فصل مستقل.

وحيث أن حسن النية بصورة عامة حالة سلبية في الإنسان وأن المقرر في كل فرد أن يتصف به، فالإتصاف به شرط لنفي الخطأ وعدم تحقق المسؤولية.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في المطلب الأول عن القاموس الجرائمي والأخطاء العقدية العمدية عن الأحكام القانونية العقدية للخطأ العمد والخطأ الجسيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول

القانون الجزائي والأخطاء العقدية للعمدية

هناك خطأ أخلاقي وخطأ قانوني والخطأ القانوني هو أما خطأ مدني وأما خطأ جنائي فما هي خصائص كل من الخطأ الأخلاقي والخطأ القانوني، ثم ما هي خصيصة الخطأ الجنائي؟.

إن خصيصة الخطأ الجنائي تلقي الضوء على الاعتبارات التي دفعت المشرع الى اصفاء صفة للخطأ الجنائي على الأخطاء العمدية التي سوف نستعرضها.

فالمسؤولية الأخلاقية تكون حين يقترف المرء أثماً يسأل عنه أمام الله ويحاسب عليه الضمير، سواء أكان ذلك بعمل أم بالامتناع عن عمل، والمعيار هنا ينحصر في حسن النية، والأمر في هذا شخصي بحث، والمسؤولية الأخلاقية قد تتوahr لمجرد القصد أو ما يحالـج النفس من لثم أو عدوان^(١)، كما انه ليس من جزاء فيها، ومن هذا يتضح وجوب استبعاد المسؤولية الأخلاقية من نطاق المسؤولية القانونية التي يهدف القانون في دائرتها الى تنظيم العلاقات بين الأفراد، ولا تقوم هذه المسؤولية إلا بوقوع صرر يترتب عليه جزاء قانوني.

خصيصة الخطأ الجنائي، هي أنه يثير شعوراً من الاستكار العام لدى المجتمع، أما الخطأ المدني، فهو من وجهة نظر المجتمع، أقل جسامة من الخطأ الجنائي.

ولقد عاقب المشرع الأردني المتعاقدين الذين يرتكبون اخطاء عقدية معينة، فما هي هذه الأخطاء وما هي العقوبات التي نص عليها لردع مرتكبيها؟.

أولاً: جريمة الغش في نوع البضاعة

نصت المادة (٤٣٣) من قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ على ما يلي: (كل من غش العاقد عن معرفة سواء في طبيعة البضاعة أو صفاتها الجوهرية أو تركيبها والكمية

(١) حسين عامر، المسؤولية المدنية، فقرة ٣، ص ٢.

التي تحتويها من العناصر المفيدة أو في نوعها أو مصدرها عندما يكون تعيين النوع والمصدر معتبرا بموجب الاتفاق أو العادات السبب الرئيس للبيع يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالعرامة من خمسة دنائير إلى خمسين ديلرا أو بإحدى هاتين العقوبتين).

وتستجيب هذه العقوبة في القانون الوضعي مع ما أمر الله تعالى به من الاستقامة في المعاملات وتجب الدلائل إذ قلل تعالى (وأوهوا الكيل إذا كنتم وربوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير ولحسن ثوابكم)^(١).

وقد مرت بنا صور من الأعمال العشية التي يرتكها مسلموا الأعيان المنقولة هي المبحث الثاني انتهاء العش مما تنطبق عليها العقوبة المذكورة في هذه المادة.

ثانياً: جريمة إساءة الائتمان:-

تنص المادة (٤٢٢) من قانون العقوبات على (كل من سلم اليه على سبيل الأمانة أو الوكالة ولاجل الإبراز والإعادة أو لأجل الاستعمل على صورة معينة أو لأجل الحفظ أو لإجراء عمل بأجر أو بدون أجر - ما كان لعبه من أموال وبقود وأشياء وأي سند يتضمن تعهداً أو إبراء بالجملة كل من وجد في يده شيء من هذا القليل فكتمه أو بدله أو تصرف به تصرف المالك أو استهلكه أو أقدم على أي فعل يعد تعدياً أو امتنع عن تسليمه لمن يلزم تسليمه اليه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبالعرامة من عشرة دنائير إلى مئة دينار).

كما نصت المادة (٤٢٣) من قانون العقوبات على: (١- إذا كان مرتكب الأفعال المبينة في المدة السابقة حادماً بأجرة أو تلميذاً في صاعقة أو كاتباً مستخدماً، وكان الصرر الشئ عنها موجهاً إلى محذومه فلا تكون مدة الحبس أقل من سنة واحدة. ٢- ولا تكون العقوبة أقل من ثلاثة أشهر إذا كان مرتكب الأفعال المذكورة أحد الأشخاص المذكورين أدناه:-

أ- مدير مؤسسة خيرية وكل شخص مسؤول عن أعمالها.

ب- وصي القاصر أو فاقد الأهلية.

(١) سورة الإسراء، آية رقم ٣٥ .

ج-منفذ الوصية أو عقد الزواج.

د-كل محام أو كاتب عدل.

هـ-كل شخص مستتاب عن السلطة لإدارة أموال شخص الدولة أو الأفراد أو لحراسها).

ويلاحظ أن القانون شدد مسؤولية أرباب الحرف والمهن، فبينما يجوز للقاضي أن يحكم بالحبس والغرامة على غير أرباب الحرف والمهن بالحبس من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من عشرة دنانير إلى مئة دينار، فهو لا يملك تحفيض العقوبة عن سنة واحدة وفقاً لنص المادة (١/٤٢٣) وثلاثة أشهر وفقاً لنص المادة (٢/٤٢٣) وسبب هذا التشديد بلا شك هو اتحاديهم، باعتمادهم على مهنتهم كمورد للرزق، مطهرات يبعث على مزيد من الثقة والاطمئنان للمتعاقد الآخر.

وخطأ الأمين، الجزائي، هو في الأصل خطأه في عدم المحافظة على الشيء المودع عنده وعدم رده بشرط أن يعتبر الأمانة مملوكة له فهو يبيع يملك الشيء وحرمان صاحبه منه، ويمكن أن تظهر نية الأمين (المدين) بإضافة الشيء مباشرة إلى ملكه بأن يحتفظ به لنفسه أو يستعمله في غير ما أعد له كما يجوز أن تظهر بعمل من أعمال التصرف كبيع أو رهن ولا يشترط عندئذ لتتحقق الجريمة أن يتم التصرف فعلاً، فشروع الأمين في بيع ما أؤتمن عليه أو عرضه إياه للبيع عمل يتم به حياة الأمانة لأنه دال بداته على أن المتهم اعتبره ملكاً له، يجوز له التصرف فيه تصرف المالك.

وبالإضافة إلى الصور التي عرضناها عن خيانة الأمانة في معرض الكتب التدليسي، فإن من صور حياة الأمانة أيضاً، إذا تبين أن أغانم المشتكى قد سلمت إلى المشتكى عليه ليرعى بها فإن يده عليها يد أمانة، بحيث أن قتل شيء من الأمانة أو كتمانها يشكل إساءة انتماء^(١)، وقبض

(١) قرار تمييز حقوق رقم ٦٩/١١٦ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٦ ص ٩٦٦، ويظهر أيضاً تمييز حقوق رقم ٦٦/٣٩ سنة ١٩٦٦ ص ١٠٦٧.

المحامي الوكيل مبالغ لحساب موكله وامتناعه عن ردها يشكل جرم إساءة الائتمان^(٢) وتصرف الموطف السائق بالكوبونات لأغراضه الخاصة يشكل إساءة ائتمان^(٣)

ثالثاً:- جريمة الغش بضرراً بالدائنين:-

تنص المادة (٤٤١) من قانون العقوبات: (أن المدين الذي يقوم بقصد إضاعة حقوق الدائنين أو مع التعبد في أمواله للثأنة على إقصاء أمواله بأي شكل كان ولا سيما بتوقيع سندات وهمية أو بالإقرار كذبا بوجود موجب أو بالعائنه كله أو بعضه أو بكتف بعض أمواله أو تهريبها، أو بيع بعض أمواله أو اتلافها أو تعييبها، يعاقب بالحبس مدة شهر واحد حتى سنة أشهر وبغرامة من خمسة دنانير حتى خمسين ديناراً).

إن الصرر الذي لحق بالدائنين من جراء هذه التصرفات المبين في المادة السابقة منشؤه قيام المدين بانقاص أمواله بأي شكل من أجل الإصرار بالدائنين وعدم قدرتهم على استيفاء حقوقهم منه فالمدين في هذه الحالة بالإضافة إلى ما ارتكبه من خطأ مدني يتحقق معه مسؤولية العقدية بعدم وفاء حقوق الدائنين فهو قد ارتكب خطأ جنائياً، لتفريطه في الضمان العام لحقوق دائنيه تفريطاً متعمداً قدر المشرع أنه من الخطورة بحيث يستوجب العقاب عليه، وهكذا فإن الخطأ المدني اقتصر بجرائه جنائي، إلى التزام يحميه جرائه مدني مشدد^(١)، وإلى التزام يحميه جرائه مدني مخفف^(٢)، إلى التزام يحميه ترتب حق لدى المصلحة من تنفيذ الالتزام في فسخ العلاقة العقدية^(٣)، أو في إيقاف تنفيذ التزامه المقابل^(٤)، وإلى التزام يحميه القانون بعدم اعترافه بالاثار الناجمة عن خرقه، أي عدم اعترافه بشرعية التصرفات المؤدية إلى خرقه، وعدم

^(٢) قرار تمييز جراء رقم ٤٧٤/٢٠٠٠، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٣، العدد السادس، ص ٣١٢.

^(٣) قرار تمييز جراء رقم ٤٨/٢٠٠٠، مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٢، الأعداد الرابع والخامس والسادس، ص ١٠٦٧.

^(١) في وجوب التعويض عن ما لحق المصروع من صرر وما فاتته من كسب في حالة العش وكما سيأتي ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

^(٢) المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني، التي أقرت التعويض عن الصرر الواقع فعلاً حين وقوعه في حال الأخطاء غير العمدية.

^(٣) كما في ترتب حق المؤجر في فسخ الإيجار في حالة عدم استعمال المستأجر للشيء المؤجر الاستعمال المتفق عليه ولو لم يحصل صرر، انظر المادة (٦٩٣) من القانون المدني الأردني.

^(٤) كما في حبس المبيع من قبل البائع في حالة عدم دفع الثمن من قبل المشتري، انظر المادة (٥٢٣) من القانون المدني الأردني.

الاعتراف هذا يكون إما على صورة ابطال تلك التصرفات ابطالا تاماً^(١)، أو عدم الاعتراف بسريتها على أشخاص معينين^(٢).

(١) كما في ابطال شروط الإعفاء من العش والخطا الجسيم، انظر المادة (٣٥٨) من القانون المدني الأرميني، كما سيأتي بحثه وكذلك ابطال العقد اذا كان محله أو سببه غير مشروع، فالإبطال هو جزاء الخروج على الالتزام بعدم التعاقد على محل أو لسبب غير مشروع.

(٢) كما هي عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، انظر المواد (٣٧٠-٣٧٤) من القانون المدني الأرميني.

المطلب الثاني

الأحكام القانونية للغش والخطأ الجسيم

رتب القانون المدني في مجال علاقات تنفيذ العقد، أحكاماً خاصة على ارتكاب الغش والخطأ الجسيم نحدد فيما يلي ثم نتناولها بالشرح.

- ١- التعويض عن الأضرار المباشرة والمتوقعة وغير المتوقعة.
- ٢- بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم
- ٣- جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجرائي).
- ٤- جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية وجوار تحفيظها أو عدم القضاء بها إطلاقاً.
- ٥- عدم جواز إهمال المدين في حال ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم.
- ٦- عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناجمة عن غش المؤمن له.

الفرع الأول

التعويض عن الأضرار المباشرة والمتوقعة وغير المتوقعة

بص القانون المدني على أن (١) إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بدارته أو توخي الحيلة من تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق العرص المقصود، هذا ما لم يصر القانون أو الاتفاق على غير ذلك، ٢- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم^(١).

^(١) المادة (٣٥٨) من القانون المدني الأردني، وفي حكم نص المادة (٣١٦٩) من القانون العراقي على أن «إذا كان المدين ملزماً بمحافظة الشيء أو القيام بدارته أو توخي الحيلة من تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق العرص المقصود، هذا ما لم يصر القانون أو الاتفاق على غير ذلك، ٢- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم» (١).

ونص القانون المدني الأردني على: "إذا لم يكن الصمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه"^(١).

وأيضاً نص على: إذا لم يكن الصمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه"^(٢). وبالتالي فإن الأصل العلم أن التعويض لا يشمل إلا الحسارة اللاحقة دون الكسب الفائت (الربح الفائت) ولاكتنا نجد أن ما اتجهت إليه محكمة التمييز الأردنية في قراراتها إلى جوار التعويض عن الحسارة اللاحقة والكسب الفائت في بعض قراراتها فقد جاء فيها: "إذا لم يقدّم المدعي عليه بالترامه المتمثل في تسليم باقي كمية الحديد المتعاقد عليها فإن من حق المدعي بعد إعداره أن يطالب إما بتعديد العقد عيماً أو التعبد بطريق التعويض عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء بالالتزام ويكون التعويض المستحق في هذه الحالة هو المقدار الثابت من الضرر والخسارة اللاحقين فعلاً بالمدعي من جراء الكول"^(٣).

وبتحليل هذه النصوص و الأحكام نجد أن المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل أو كسب يفوت ويرى أن حكم هذه المولا يشمل الدائن الذي يتعسف في استعمال حقه بخطأ عمد أو بخطأ جسيم.

ويرى الاستاذ السنهاوري أن مبنى هذا الحكم يقوم على افتراض قبول المدين التعويض عن الامور المتوقعة، وهو المقدار المعقول الذي يرتضيه المدين (ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع، ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطاه الجسيم، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملزماً بالتعويض عن كل الضرر متوقعاً كان أو غير متوقع"^(٤).

^(١) المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني

^(٢) المادة (٢٦٦) من القانون المدني الأردني

^(٣) قرار تمييز حقوق رقم ٥٩/١٩٨٢، لسنة ١٩٨٣، ص ٢٤٢. مجموعة المبادئ القانونية بحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص ٢٩٨، راجع أيضاً تمييز حقوق رقم ١٩٨٢/٥٢٣، ص ١٥٦٥، لسنة ١٩٨٢، المرجع السابق، ص ٥٢٢، وتمييز حقوق رقم ١٩٨٧/١٢٤، لسنة ١٩٩٠، ص ٤١، الجزء السابع، المرجع السابق، ص ٩٩٥، وتمييز حقوق رقم ١٩٨٨/١٤٨، لسنة ١٩٩٠، ص ١٣٥٥، المرجع السابق، ص ١٠١٦.

^(٤) عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٤٥٢، ص ٧٧١.

إن مساواة حكم العرش والخطأ الجسيم في المجال العقدي بحكمه في مجال المسؤولية التقصيرية، هي التي ضيقت الفارق بين المسؤولتين إلى حد كبير، إذ لو لم يفهم منصوص القنن في مجال التنظيم العقدي مثل هذه المساواة، لكان للخبرة بين المسؤولتين أهمية أكبر، ذلك أن ما يتوحد المضرور أولاً وقبل كل شيء الحصول على التعويض الذي يستحقه، وعلى ذلك فإن أحكام القانون المدني الحالية لا تعطي الاميرة قانونية للمسؤولية التقصيرية على المسؤولية العقدية مما يجعل لجوء المتعاقد إليها مقصوراً على أضيق نطاق. وهذه الميزة في أن المسؤولية التقصيرية تشمل الخطأ اليسير والجسيم والعمد بعكس المسؤولية العقدية التي تقتصر على تعطية الخطأ اليسير.

الفرع الثاني

بطلان الاتفاق على إعفاء المدين عن غشه أو خطئه الجسيم

لم يعترف المشرع الأردني صراحة بشرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها لمصلحة المدين في النطاق العقدي، ولكن يمكن أن يستخلصها من بعض نصوص القانون المدني الأردني، فالمشرع أقر بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١) بما أن شرط الإعفاء هو وليد الإرادة ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة فلا يمس أحد به هذا من جهة، وهناك نصوص تشير ضمناً إلى جواز الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها من جهة أخرى^(٢) وحالات لا يمكن إيراد شرط الإعفاء بها إذا ارتكب فيها المدين غشاً أو خطأ جسيماً، فالفقرة الأولى من المادة (٣٥٨) من القانون المدني تنص على أنه: "إذا كان المطلوب من المدين ... هذا ما لم ينص القنن أو الاتفاق على غير ذلك" ويتجلى ذلك بوضوح في الفقرة الثانية، حيث تقول: "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم" كما أجاز المشرع الأردني تحديد

^(١) مادته (٢١٣) من القانون المدني الأردني.

^(٢) عدد من المبررات، وهي: حصر شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٢٣٢، وقد نص على بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم بشكل صريح القانون المدني العراقي في مادته (٣/٢/٢٥٩) "٢" وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية ترتب على عدم تصدي الثمرة التعاقدية، إلا التي تنشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. ويقع بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية التي ترتب على العمل غير المشروع" وأيضاً نص عليه القانون المدني المصري في مواد (٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣) والمواد (٢٢٦، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧) من القانون المدني السوري.

مسؤولية البائع أيضاً وذلك بعدم ضمانه للعيوب الحفية حيث نص على: "... إذا باع البائع المبيع شرط عدم مسئوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إحقاء العيب، أو كان المشتري بحالة تمنعه من الإطلاع على العيب"^(١).

وقد اعترف المشرع الأردني ضمناً بعدم جوار الإعفاء من المسؤولية العقدية إذا كان إحلال المدين بالتزامه العقدي ناشئاً عن غش أو خطأ جسيم في نص المادة (٣٥٨) منه، إلا أنه استبعد الخطأ الجسيم في نصوص أخرى، كما في حالة شرط الإعفاء من ضمان العيوب الحفية في عقد البيع^(٢) وعقد الإيجار، وشرط عدم رجوع المؤمن على المؤمن له أو المستفيد، فقد نصت المادة (٦٨٩) من القانون المدني الأردني على أنه: "كل اتفاق يقضي بالإعفاء من ضمان التعرض أو العيب يقع باطلاً إذا كان المؤجر قد أحفى عن غش سبب هذا الضمان"، وقالت المادة (٢/٩٣٤) "ولا يكون المؤمن مسؤولاً عن الأصرار التي يحدثها المؤمن له أو المستفيد عمداً أو غشاً ولو اتفق على غي ذلك"^(٣).

ورغم أن هذه النصوص لا تشير إلى الخطأ الجسيم عند تقريرها عدم جوار الإعفاء من المسؤولية، فإن ما يسري على الغش يسري على الخطأ الجسيم لالتحاقه به على أساس افتراض سوء النية^(٤).

وترجع العلة في عدم جوار الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تنشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم هي: "أن لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد... لكل التزامه معلقاً على شرط إرادي محض وهذا لا يجوز"^(٥). وبالتالي فإنه يتهرب التزامة بمحض

مادة (٤/٥١٤) من القانون المدني السوري

"... جمع بشأن العيب الخفي في عقد البيع للمادة (٤/٥١٤) من القانون المدني الأردني

" وقد أشر المشرع الأردني في قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ أو تعديل برقم ٦٠ لسنة ٢٠٠٢، وهي

مادة (٩٤) منه "إن حصلاً الجسيم في سقوط حق تصاحب في حذر ابومي وسقوط العيب إذا ثبت أن لإصابة قد بشأن من عمل متعمداً وعن خطأ أو إهمال جسيمين من المصاحب

معدان سرحد... د. ري خاطر، شرح لقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٣٣٦

^٥ عبد البر في السهو، في شرح القانون، مرجع سابق، مرجع سابق، مقرة ٤٣٩، ص ٧٥٦

إرادته و هذا لا يجوز و يفرغ الالتزام من محتواه و غايته .

والعلة أيضاً بتعير أوسع في وجوب الحفاظ على فكرتي القوة الملزمة للعقد والتضامن الاجتماعي بأن يصرف الإغفاء من المسؤولية إلى هدم العقد أو إفراغه من كل منفعة وذلك بأن يلزم المدين بحد أدنى من العنفة يتمثل في تجنب الأخطاء الجسيمة.

وهذا الحكم القانوني في انطال اتفاقات الإغفاء من العش والخطأ الجسيم يجد مسده في الشريعة الإسلامية العراء بالحديث النبوي الشريف: (من عثر فليس منا)^(١) وفي تأكيد فقهاء الشريعة: (العش مرأى في البيوع والصنائع جميعاً ولا ينبغي أن يتهاون الصانع بعمله على وجه لو عامله به غيره لما ارتصاه لنفسه بل ينبغي أن يحسن الصدمة ويحكمها...)^(٢)، ويجد مسده التاريخي في القانون الروماني، فيما ورد فيه من قرارات منها: (ليس لأحد بحجة الأحذ بحقه الشرعي أن يستفيع بما يأتيه من تدليس تأباه العدالة الفطرية)^(٣) و (لا يجوز البتة اتفاق المتعاقدين على سقوط تبعة من يرتكب منهم غشاً)^(٤). ويجد مسده فيما تعرفه الكتب الفقهية من نظرية (العش يفسد العقد)^(٥) .

كما لا يجوز الإغفاء عن أي خرق لقاعدة قانونية جنائية أو امرة؛ ذلك ان مخالفة القسيم الإنسانية أو القواعد الجنائية أو القواعد المدنية الامرة لما تتضمن بحد ذاتها خطأ عمداً أو على الأقل خطأ جسيماً، من الأمثلة على القواعد الامرة في القوانين الخاصة بهي المشرع بنص صريح عن الاتفاق على مخالفتها ما نص عليه قانون التجارة من مسؤولية الناقل من وقت تسلمه الشيء من هلاكه كلياً أو جزئياً وعن تلفه وعن التأخير في تسليمه. وما نص عليه قانون التجارة

^(١) مشار إلى هذا الحديث في صفحة (١٣) من رسالت هذه

^(٢) المزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٧٧

^(٣) عبد العزيز ميسي، ترجمة مدونة جوستينيان، مرجع سابق، ملحق بالآثار المعهية ص ١٦٥.

^(٤) المرجع ذاته، ملحق ب أصول وتقريرات خاصة بالمصادقات، ص ٨٤

^(٥) عبد الرزق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ١١٦.

العراقي والذي لا يوجد مماثل له في قانون التجارة الأردني بأن يقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من هذه المسؤولية إذا نشأت عن تابعيه^(١).

ولكن ورنيت بعض العيود على هذا المنع، فقد نص القانون أيضاً: "يجوز لمالك سفينة بحرية تحديد المسؤولية بالمبلغ المنصوص عليه في المادة (٩٩) من هذا القانون بالنسبة للديون الناجمة عن أي مسبب من الأسباب التالية"^(٢).

على أن شرط تحديد المسؤولية لا اثر له اذا ثبت أن شئاً الدين بسبب خطأ المالك الشخصي^(٣)، أي أنه ثبت صدور غش أو خطأ جسيم من الناقل أو تابعيه .
وشرط الإعفاء الذي يمس القيم الإنسانية أو القواعد القانونية الجنائية أو الامرة لا يبطل في حالتي الغش والخطأ الجسيم وهدما بل يبطل على الإطلاق حتى لو ورد الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير^(٤).

ولا يتوقف واجب القضاء عند حد إبطال الاتفاقات الصريحة في الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم ذلك أن مثل هذه الاتفاقات باطلة على وجهيها ويحد مجاله الحيوي في العمل، إلى احتياري وتكييف الأخطاء التي صدرت من المتعاقد في نطاق الإعفاء المشروع أي الإعفاء عن الأخطاء اليسيرة، فإذا تبين للقاضي أن الخطأ ما هو في حقيقته الا خطأ عمد أو خطأ غير عمد ولكنه جسيم فهو لا يجد بداً من القضاء بقيام مسؤولية المتعاقد رغم شرط الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم، ومن هذا القبيل مثلاً، البائع الذي يشترط عدم مسؤوليته إذا ما تحلف أو تعذر عليه تعهد التسليم، على صورة عدم استحقاق المشتري لأي تعويض، فإن هذا البائع لا يحق له إذا جنت

ظروف اقتصادية جعلت تعهد التزامه أكثر صعوبة، أو أقل إفادة مما كان يتوقع، أن يتصل من التزامه محتاجاً بهذا الشرط، ذلك أن قبول هذا التصل معناه الاعتراف له بحق التحلل

إدادة (٢٧٩) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦

^(٢) المواد (٩٦، ٩٩) من قانون التجارة البحرية الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢.

^(٣) إدادة (٩٦) من القانون البحري الأردني

^(٤) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٢٥

الفرع الثالث

جواز المطالبة بأكثر من قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

بمصر القانون المدني الأردني على ما يلي: ١٠- يجوز للمتعاقدين أن يحددوا مقدماً قيمة الصمان بالنص عليها صراحة في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون ٢٠- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التعديل مسؤولاً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يحالف ذلك^(١). وقد نص القانون ذاته على: "يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الصادر"^(٢).

يجد أن القانون المدني الأردني لم يحدد صراحة الحالات التي يجوز فيها للقاضي زيادة مقدار الشرط الجزائي، إذ منح سلطة مطلقة لزيادة مقدار هذا الشرط وعلى عكس القوانين العربية التي أجارت تلك الزيادة^(٣)، فإن المشرع الأردني منح القاضي سلطة واسعة في زيادة مقدار هذا الشرط وبناءً على ذلك فإنه إذا أثبت الدائن أن قيمة الصمان الاتفاقي لا تتناسب مع مقدار الضرر الواقع فعلاً أو إذا أثبت الدائن أن الإحلال بالالتزام الأصلي كان بسبب غش المدين أو خطئه الجسيم، وهذا ليس إلا تطبيقاً للمادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم"^(٤).

(١) المادة (٣٦٤) من القانون المدني الأردني

" المادة (٢٧٠) من القانون المدني الأردني.

" المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي. ومادة (٢٢٦) من القانون المدني السوري ومادة (٢٢١٧) من القانون المدني المصري ومادة (٣٠٤) من القانون المدني الكويتي ومادة (٣٦٢) من القانون المدني اليمني.

" محامي أبو عراي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في "مجمع دراسات"، الجامعة الأردنية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، ١٩٩٨، ص ٦٠

ويعود السبب أيضاً في هذا الحكم: هو أن الشرط الجرائني في أحوال الخطأ البسيط يكون بمثابة اشتراط من اشتراطات الإعفاء من المسؤولية من وجهه، وعني عن البيان أن تلك الاشتراطات تكون صحيحة فيما يتعلق بالخطأ وبطل فيما يتعلق بالغش والخطأ الجسيم، وكذلك يكون الحكم إذا قصد من المبالغة في نفاذ الجراء المشروط إلى ستر حقيقة اشتراط من اشتراطات الإعفاء من المسؤولية^(١).

^(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٥٧٣.

الفرع الرابع

جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية و
جواز تخفيضها أو عدم الحكم بها إطلاقاً .

تكون الفوائد في صورتين، اتفاقية وهي ما يعرضها الاتفاق ويحدد
مقدارها، وقانونية وهي ما يتكفل القانون بفرص استحقاقها ومن ثم تحديد سعرها.

وقد تنحل القانون بصورة مباشرة محدداً التعويض القانوني (الفوائد) بدافع من كرهه للربا
ولكنه أجاز تحطي الحد المقرر بالزيادة عليه وفي أحوال أخرى بالرجوع عن ذلك الحد الذي
يقرره القانون ذاته^(١).

وقد وقف المشرع الأردني في القانون المدني، كراهية منه للربا، موقف الساكت حيث لم
يتناول الفائدة في أحكامه ولم يصع لها سعراً أعلى أو أدنى ومع ذلك فقد تضمن التشريع الأردني
في قوانين متفرقة أحكاماً على الفائدة^(٢).

وهي غياب المصوص في التشريع الأردني في مسألة جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى
الفوائد القانونية أو الاتفاقية و جواز تخفيضها أو عدم الحكم بها إطلاقاً لا بد لنا من بحث ذلك في
الفقه المقارن و ذلك استكمالاً لبحثنا و إيفاء العلية من خلاله فقد ذهب القانون المدني العراقي
إلى النص على أنه : "يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو
الاتفاقية إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بعش أو بخطأ جسيم"^(٣) كما
نص كذلك "لما إذا تسبب للدائن وهو يطالب بحقه في إطللة

١- سيرة خير، التوجيه في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ١٨٤

٢- ائدة (١/٢) من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠

٣- المادة (١١٣) من قانون التجارة الأردني .

- المادة (١٦٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والمعدل رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١

٧

أمد النزاع بحظته فللمحكمة أن تخفض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية لا تقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طالَّت فيها النزاع بلا مبرر^(١).

وبدراسة هذين النصين يمكن لنا القول أنه لما كان تعديل الفوائد القانونية يتم لمصلحة المدين تارة، ويتم لمصلحة الدائن تارة أخرى، سوف يتعرض لهاتين الحالتين تبعاً :-

أولاً: تعديل الفوائد القانونية لمصلحة المدين

لتحقق مساعلة المدين عن الأصرار التي تتجاوز الفوائد القانونية أو الاتفاقية يجب توفر شرطين :-

- أولاً: أن يكون الضرر الذي حلَّ بالدائن ضرراً استثنائياً.
- ثانياً: أن يكون المدين سيئ النية أو في حكم سيئ النية.

فالشروط الأول قد يتحقق بمجرد تأخير المدين في الوفاء، أو بأي أمر آخر كما لو كان الدائن قد ارتبط بالتزام يعتمد في الوفاء به على استيفاء حقه من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس، أو كما لو كان يريد إبرام صفقة رابحة اعتمد في إنجاحها على استيفاء حقه ففانته الصفقة بسبب تأخير المدين في الوفاء بالتزامه، ففي الحالة الأولى أصيب الدائن بحسارة فادحة، وفي الحالة الثانية فانه ربح كبير^(٢).

^(١) مادة (٢/١٧٣) من القانون المدني العراقي.

^(٢) مادة (٣/١٧٣) من القانون المدني العراقي.

^(٣) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٥٢٢، ص ٩٣٠.

أما الشرط الثاني، فهو أن يكون المدين سيئ النية أو في حكم سيئ النية أي مرتكباً لحطاً جسيماً، في تأخير الوفاء بالدين، وقد يعتبر القضاء مجرد علم المدين بالضرر الاستثنائي الذي يسجل بالدائن من جراء عدم إيفائه الدين أو تأخيره في أدائه، حطاً جسيماً، إن مثل يكن حطاً عمداً، والحكم واحد في الحالتين.

أما القانون المصري، وبالنسبة إلى الشرط الثاني لم ينص إلا على (سوء نية المدين) وليس على (عشه أو خطئه الجسيم) ويرى الأستاذ السهوري أن مجرد علم المدين بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته حسب أحكام القانون المدني المصري، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من الضرر^(١).

ونرى أن مساعلة المدين عن الصرر الذي يجاوز الفوائد، إذا كان حصول الضرر نتيجة عثر أو خطأ عمد منه، مما يتفق - أكثر مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، إذ لا موجب للتساهل معه تساهلاً قد يشجعه على التراخي في الوفاء أو الامتناع عن الوفاء بينما يترتب على الدائن عبء ثقل في إثبات سوء نية المدين.

ثانياً: تعديل الفوائد القانونية لمصلحة المدين

يسأل الدائن (المدعي) عن إطالة أمد النزاع (المحاكمة) إذا ما كان هو السبب في هذه الإطالة مما تخول المحكمة أن تحصى الفوائد القانونية كانت أو الاتفاقية أو ألا تقصي بها إطلاقاً عن المدة التي طال بها النزاع بلا مبرر بها، فلا يشترط أن يخطأ الدائن خطأ عمداً أو جسيماً، ومسؤوليته تتحقق ليس في صورة وجوب تعويض المدين عما سببه له من إصرار بل في صورة مقاصة بين ما يستحق من فوائد وبين الأضرار التي سببها للمدين.

ويلاحظ أن القانون المدني المصري ساوى في معاملة المدين والدائن فالإرام كلاهما بنتائج (سوء نيته) ولكن القانون العراقي باين في معاملتهما فالرم المدين بنتائج (عشه وحطئه الجسيم) والزم الدائن بنتائج (حطئه) إطلاقاً.

^(١) المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٥٢٢، ص ٩٣٠.

وقد استعير عن كلمة (بخطأ) بعبارة (سوء نية) في القانون المصري عن تدبير مقصود ذلك حسب قول اللجنة التشريعية لأن: «فكرة الخطأ تتسع لفروض لا يحق فيها توقع هذا الجراء ولهذا ثرت اللجنة أن يكون الجراء قاصراً على حالة سوء النية وحدها»^(١).

إن مضمون كلمة (الخطأ) واسع بلا شك، قياساً إلى سوء النية والخطأ الجسيم، وقد حابى القانون العراقي المدين على حساب الدائن، فاحتل التوازن الواجب حصوله بين مركبيه ربما كانت الفكرة الكامنة وراء هذه المحالجة هي مراعاة المدين أحداً بعالم الأحوال التي يكون فيها المدين هو الطرف الأضعف والأكثر حاجة إلى الحماية، سيما طلبة المقترضين^(٢).

ولكننا نرى وجوب تكافؤ الحماية للطرفين، أحد قواعد حسن النية ومساعدة الدائن بناءً على ذلك عن غشه وخطئه الجسيم فعلاً وليس عداً ذلك.

ومن أبرز صور إطالة امد النزاع بلا مبرر من قبل الدائن، أن يكون سريان الفوائد يكفي فيه اعدادار المدين، فيعذر الدائن حتى تسري الفوائد ثم يقف عند ذلك ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يعرضه المدين، فيصطر هذا إلى العرص الحقيقي فيعتمد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرف وهكذا^(٣).

^(١) الأعمال التشريعية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٥٨٩.

^(٢) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٣٠.

^(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٥١٧، ص ٩١٥.

الفرع الخامس

عدم إهمال المدين في حالة ارتكابه الغش أو الخطأ الجسيم

بمصر القانون المدني الأردني على ما يلي: ٢٠٠- على أنه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو أجل يعد فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم^(١).

والأصل هو وجوب التنفيذ في الموعد المحدد وإن من أجل استثناء من الأصل والاستثناء لا يتوسع فيه ولما كان لا يجوز إعفاء المدين من تبعه غشه أو خطأه الجسيم كما أوضحنا ذلك لمذا يكون من الضروري إذا ما أريد منح المدين نظرة الميسرة، أن يكون حسن النية بالاساس الشخصي (الداتي) أي الا يكون غشاً ولا مرتكباً لخطأ جسيم، وفي هذا الصدد يقول السهوري: «ويجوز القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان في عدم تنفيذه العقد حسن النية»^(٢).

وعلى هذا، إذا تعمد المدين عدم التنفيذ أو أهمل في ذلك إهمالاً واضحاً رغم إعدار الدائن له قبل رفع الدعوى فإن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد^(٣). أما إذا كان الإخلال قلة الشأن بحيث لم يكن يستأصل في قصد المتعاقدين فسخ العقد، أو أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة

مادة (٣٣٤) من القانون المدني الأردني، مدنيها، مادة (٢٠١٤٦) من القانون المدني العراقي، مادة (٢٠١٤٨) من القانون المدني السوري، والمادة (٢٦٩) من قانون المعاملات المدنية للدولة الإمارات العربية المتحدة

^(١) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٤١٣، ص ٧٠١، ويسر إلى مادة (٢٠٣٤٦) من القانون المدني المصري

^(٢) المرجع السابق، ص ٤٧٥، ص ٧٩٩

أو أن للمدين عذراً في تأخره عن التنفيذ لو أنه أخطأ في تفسير العقد فتأخر، وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه^(١).

فإن لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب الدائن بفسخ العقد وتمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه أو إذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة وليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى، وهذا خلاف الأصل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ، لا يجوز له في هذا الصدد أن يبطر المدين إلى أجل معقول أو أجل يعد فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم^(٢).

وامهال المدين حسن النية يجد سنده في الشريعة الإسلامية في قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فبطرة إلى ميسرة﴾ وفي السنة النبوية فيما يقوله النبي عليه الصلاة والسلام لعمراء المعلى الذي لم يكن له ما يوفي دينه: ﴿حنوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك﴾، ولم يحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم في دين قط ولا أبو بكر بعده ولا عمر وعثمان عليهم رضوان الله تعالى^(٣)، وأيضاً فإن سند إمهال المدين حسن النية في القانون المدني الأردني هو نص المادة (٢/٢) مدني و التي تنص على (٢٠٠- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية). وبما أن القانون قد اعتبر أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون و مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصادر للقانون المدني تفضي بها المحكمة إذا لم تجد نص يحكم هذه الواقعة في القانون المدني. مع أن الفقه الإسلامي لم يصع بطريقة عامة حول الظروف الطارئة و إنما كان يسهم حلولاً حسب الحالات التطبيقية وبها حسب الإنصاف ومن خلال مسائل مختلفة ومنها الإعذار في عقد الإيجار والجوائح في بيع الثمار^(٤).

(١) المرجع ذاته، ص ٨٠٠، هامش ٦٣

(٢) المرجع ذاته، ص ٨٠١/هامش (١)، ويشير إلى محكمة النقض، مدني في ٢٣/مايو/١٩٥٣

(٣) جمال الدين محمد محمود بسبب الالتزام ومشروعيته في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٦٩، ص ١٧٠

(٤) حسين بن سيب، حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٤٠، السهو، ي، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع

سابق، خيرة النص، ص ٦٤

الفرع السادس

عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له وجواز التأمين عن الخطأ الجسيم

سبحث في هذا الفرع في جانبين تخصص الأول منهما لبيان عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المدين، ونخصص الثاني لبيان جواز التأمين عن الخطأ الجسيم.

أولاً: عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له

يقضي القانون المدني الأردني بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة المؤمن له للقوانين والانظمة، اذا تطوت هذه المخالفة على جناية أو جحثة عمدية^(١)، كما يقضي بسقوط الحق في التأمين إذا تسبب المستفيد من التأمين عمداً في موت الشخص المؤمن له على حياته، أو وقع الموت بناءً على تحريضه^(٢)، أو يقضي أيضاً بعدم مسؤولية المؤمن عن الحريق الذي يحدثه المستفيد عمداً أو غشاً^(٣).

والمفهوم المحالف لهذه المولد، هو جواز التأمين عما يحدثه المستفيد بحطئه غير العمد ولو كان جسيماً من ضرر للغير أو لنفسه.

والتأمين عن المسؤولية نظام يشبه الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية من حيث أن المسؤول لا يتحمل نتيجة خطأ في الحالتين لكهما إن اتفقا عن هذه النتيجة العرضية فهما مختلفان تمام الاختلاف في الجوهر ذلك أن من يعقد تأميناً لا يقصد التحرر من المسؤولية، وإنما

^(١) المادة (١/٩٢٤) من القانون المدني الأردني، ويقابها المادة (٩٨٥) من القانون المدني العراقي

^(٢) المادة (١/٩٤٤) من القانون المدني الأردني، ويقابها المادة (٩٩٤) من القانون المدني العراقي

^(٣) المادة (١/٩٣٤) من القانون المدني الأردني، ويقابها المادة (١٠٠٠) من القانون المدني العراقي

هو شخص بصير يعمل على تجنب النتائج السيئة التي قد تحدث من جراء عمله ويعقد مع المؤمن (شركة التأمين) اتفاقاً على أن يتحمل هذا مقابل أقساط يدفعها له، نتائج أخطائه^(١).

ومعاد هذه الأحكام، أن ليس للمؤمن له أن يؤمن نفسه من خطر يستطيع تحقيقه بمحض إرادته، وما عليه إلا أن يحققه حتى يستحق مبلغ التأمين في أي وقت أراد، إذ لا بد أن يتدخل في تحقيق الخطر عامل آخر غير محض إرادته، سيما خطؤه العمدي يتعلق بمحض أدائه^(٢).

ولا يشترط في الخطأ العمد، أن يكون المؤمن له قد تعمد الإصرار بالمؤمن بل يكفي أن يكون قد تعمد تحقيق الخطر المؤمن منه وهو عالم أنه بتحقيق هذا الخطر يثير مسؤولية المؤمن عن تعويض الضرر^(٣).

على أن يجوز التأمين عن الفعل العمد في حالتين:-

أ- إذا كان هناك ما يبرر الفعل العمد الذي أقدم عليه المؤمن له، وتبرير الخطأ قد يرجع لاعتبارات إنسانية أو لاعتبارات تتعلق بالصالح العام كما لو عرّض المؤمن له نفسه للمدير أنفاذاً لغيره فمات فعلاً، كما أن المبرر قد يكون صالح المؤمن نفسه ففي التأمين من الحريق يجوز للمؤمن له بل يجب عليه أن يتلف عمداً بعض المنقولات المؤمن عليها لمنع امتداد الحريق وذلك لمصلحة المؤمن حتى تنحصر مسؤوليته في أضيق الحدود الممكنة.

ب- إذا يكون قد ارتكب الفعل العمد، دفاعاً عن النفس، كما إذا أمّن شخص لمصلحته على حياة الغير، ثم أضر إلى قتل هذا الغير وهو يستعمل حقه المشروع في الدفاع عن نفسه^(٤).

^١ أحمد حشم، أوسيت، نظرية الالتزام، مرجع سابق،قرة ٥٠١، ص ٤٦٩

^٢ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابع، القسم الثاني،قرة ٦٠٠، ص ١٢٢٢

^٣ عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٣٥، ويشير إلى بلايوس وريسير وساعاتيه،المصول العملي في القانون المدني الفرنسي، الجزء الحادي عشر،قرة ١٢٩٠، ص ٦٦٩

عبد رزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، جزء السابع، القسم الثاني،قرة ٦٠٠، ص ١٢٢٣، ١٢٢٤

ويؤكد هنا مرة أخرى على حاصية العش المنافية للنظام العام وأن الآثار التي رتبها القانون على هذا الخطأ أو الخطأ الجسيم الملحق به في مواضيع كثيرة، آثار مستوحاة من حماية النظام العام.

وهي هذا يقول السنيهوري: إن التأمين عن الخطأ العمد يخالف النظام العام أيضاً ويكفي أن يتصور أن شخصاً يؤمن من مسؤوليته عن خطأ العمد، أي من مسؤوليته عن أن يعتمد الإصرار بالناس، فإذا لصّر بهم متعمداً، دفع المؤمن التعويض عنه، ليرى أن هذا التأمين من شأنه أن يشجع المؤمن له على الإضرار بالناس ما دامت العقوبة مأمومة، يكون حتماً محالفاً للنظام العام^(١).

ثانياً: جواز التأمين عن الخطأ الجسيم

بالإضافة إلى الخطأ العمد، لم يكن جائزاً التأمين ضد الحوادث الناجمة عن الخطأ الجسيم، ولكن القوانين التي صدرت منذ بداية القرن العشرين، أقرت التأمين على المسؤولية الناجمة عن الخطأ الجسيم^(٢)، ومن هذه القوانين قانون التأمين السويسري الصادر عام (١٩٠٨) وقانون التأمين الفرنسي الصادر عام (١٩٣٠) والنقس الإيطالي الجديد وقد أخذ بذلك الاتجاه التقنينات المصرية والأردنية والعراقية.

ويتحقق الخطر المؤمن منه بخطأ جسيم لا يخل بمبدأ عدم جواز تعلق تحقيق الخطر على محض إرادة المؤمن له، فالمؤمن له في حالة ارتكابه الخطأ الجسيم، لم يقصد تحقيق الخطر ذاته وإن قصد إثبات الفعل الذي حقق الضرر فتتحقق الخطر نتيجة عوامل أخرى غير محض إرادته.

^(١) السنيهوري، المرجع السابق، مقرة ٦٠١، ص ١٢٢٨

^(٢) المرجع ذاته، ص ٦٠٠، ص ١٢٢٦

وإذا كان الفحص والعقود الرسمية قد رفضا ردحا طويلا جواز التأمين ضد الأخطار الناجمة عن الخطأ الجسيم، فإن الفقهاء اليوم يحاولون أن يكتفوا أحكام الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية بحيث تتفق مع الأحكام السائدة في قوانين التأمين^(١).

وبمعنى آخر أخذوا يبدون بإمكان اشتراط المتعقد الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في حالة ارتكبه الخطأ الجسيم، وانقاء الخطأ العمد وحده في دائرة الخطر من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

إن اليوم سيشهد جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم، سيكون نذيراً بتحول قانوني كبير، يذهب بالخطأ الجسيم إلى دائرته الأصلية دائرة الإهمال بعد أن ظل لمدة طويلة جداً يساكن الغش والخطأ العمد.

ولنؤكد أخيراً أن موضوع عدم جواز التأمين عن الإحطاء العمدية أمر لا يتعلق ببطان شرط من شروط العقد بقدر ما يتعلق بتنفيذ العقد ذلك أن القاصي يدقق في كل مرة يحصل النزاع بين المؤمن له والمؤمن على استحقاق مبلغ التأمين، ما إذا كان المؤمن له قد تعدد تحقيق الحادث الذي يترتب عليه استحقاق مبلغ التأمين فيفضي بحرمانه، أو ما إذا كان غير متعمد فيقصي باستحقاق المبلغ، فالأمر في صميم التنفيذ، وليس مجرد الشرط على القاصي فيقصي بطلانه ويجرده عن كل أثر.

(١) عبد الرزاق السهري، الوسيط، مرجع سابق، صفحة ٦١٠ من ٢٢٦

وإذا كان القصاص والعقبة الفرنسيان قد رفضا ردها طويلاً حوار التأمين ضد الأخطار
الناجمة عن الخطأ الحسيم، فإن الفقهاء اليوم يحاولون أن يكتفوا أحكام الإعفاء أو التحفيف من
المسؤولية العقدية بحيث تتفق مع الأحكام السائدة في قوانين التأمين.^(١)

وبمعنى آخر أخذوا ينادون بإمكان اشتراط المتعاقد الإعفاء أو التحفيف من المسؤولية
العقدية في حالة ارتكابه الخطأ الحسيم، وإبقاء الخطأ العمد وحده في دائرة الخطر من الاتفاق
على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

إن اليوم سيشهد حوار الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ الحسيم، سيكون
نذيراً بتحول قانوني كبير يذهب بالخطأ الحسيم إلى دائرته الأصلية دائرة الإهمال، بعد أن ظل
أمداً طويلاً جداً يساكن العش والخطأ العمد.

ولنؤكد أخيراً أن موضوع عدم حوار التأمين عن الأخطاء العمدية أمر لا يتعلق بظلال
شروط من شروط العقد بقدر ما يتعلق بتنفيذ العقد ذلك أن القاضي يدقق في كل مرة يحصل
النزاع بين المؤمن له والمؤمن على استحقاق مبلغ التأمين، ما إذا كان المؤمن له قد تعدد تحقيق
الحادث الذي يترتب عليه استحقاق مبلغ التأمين فيقضي بحرمائه، أو ما إذا كان غير متعمد
فيقضي باستحقاق المبلغ، فالأمر في صميم التعيد، وليس محدد الشرط على القاضي فيقضي
ببطلانه ويجرده عن كل أثر.

الفصل الثاني

الأساس الموضوعي لمبدأ حسن النية

بالنظر لقلة ورود عبارة (حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي) في كتب القانون العربية، ونظراً لما يحصل من ابهام وشك في حقيقة معناه يرى أنفسنا في حاجة إلى بيان هذا المعنى بصورة عامة سواء في مواضع القانون الجنائي أو التجاري أو المدني ليصل إلى حقيقة معناه المتفق فيها، ولنحصل بكل ثقة عن طريق القياس إلى معناه في مجال تنفيذ العقود، إن العيلى ممكن، ذلك أن حسن النية هو من المبادئ الكلية والاساسية في القانون الحديث، وأن في الإمكان الاستعانة بتطبيقاته المتنوعة في استخلاص التطبيق الصائب له في مجال تنفيذ العقود .

في نطاق القانون الجنائي فإن محكمة النقض المصرية وضعت لحسن النية نظرية علمة يقوم بحسبها الاعتقاد في مشروعية الفعل مقام الدافع، إذا كان هذا الاعتقاد نتيجة تثبت وتحرك كان مسبباً على أسلف معقولة، وكانت هذه المحكمة قد قالت: "إن حسن النية المؤثر في الجريمة رغم توافر أركانها هو من كليات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض وهو معنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم ويكفي أن يكون الشارع قد صنته وأرشد إلى عناصره في نص معين أو مناسبة معينة ليستفيد القاضي في ذلك القاعدة العامة الواجبة الاتباع".

ثم مضت إلى القول: "إن حسن النية ليس معنى باطنياً بقدر ما هو موقف أو حالة يوجد فيها الشخص نتيجة ظروف تشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديراً كافياً واعتماده في تصرفه فيها على أسباب معقولة، كما أن القاعدة العامة التي اعتمدها قانون العقوبات في المادة (٦٣) الواردة في الأحكام العامة التي أوجبت على الموظف الذي يدراً عن نفسه مسؤولية جريمة ارتكبها بحسن نية مفعلاً لما امرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه أن يثبت لبيان حسن نيته، أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد بمشروعيته وإن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة، وقد ذكرت تعليقات وزارة الحفانية على هذه المادة أن حكمها مأخوذ من المادتين (٧٧) و (٧٨) من قانون العقوبات الهندي الذي عرف حسن النية صراحة في المادة (١٢)م بقولها: "لا يقال عن شيء أنه عمل بحسن نية إذا كان قد عمل أو

صرف يعبر الإلغاء والتثبت الواجب^(١) وقد على هذا القرار بقوله: "والجديد فيما يرى هو تقييد المحكمة العليا العلط بالتححرر حتى لا يكون وليد الرعونة والإهمال، فهي تطلب التححرر والتبصر لإمكان الاحتجاج بالعلط في القانون اذا وقع على أحكام قانون غير قانون العقوبات كالقانون الإداري أو المدني أو الأحوال الشخصية".

ويخلص إلى القول: "إن رأي المستشار ميمى أن حسن النية يفترض التبصر وليس في هذا ما لا يتفق مع المؤلف لأن العلة التي تقتضي اعتبار حسن النية على سبيل الاستثناء وجهاً للإباحة تقتضي التشدد في تقييد هذه الإباحة فلا يقبل من شخص الاحتجاج بحسن نيته ولو كان يعتقد صدق ما قال، إذا كان قد فاته القيام بالتحريات الملائمة والبحث الجدي ولم يكن قد بدل من الاهتمام ما يناسب خطورة الأمور التي نشرها"^(٢).

وإذا انقلنا إلى القانون التجاري فإن حسن نية حامل الورقة التجارية ما يلي: "يشترط لاعتبار حامل الورقة التجارية حسن النية لا مجرد جهله بوجود الدفع بل صعوبة اكتشافه من قبله، فيبغى على الحامل، كي يتصف بحسن النية أن يبذل جهداً لمعرفة كنه الحقيقة، ولا يقع بموقف سلبي يطمئن به إلى حمالية العاين بجهل قد يكون مرده خطأ أرتكبه عند تلقيه الورقة، ثم يمضي إلى القول: "صحيح أن الجهد الذي يطالب به الحامل لا يبلغ حداً يجاوز القدر المنتظر بدله من قبل شخص متوسط الحرص ولكنه ينبغي أن لا يخلد إلى السكينة حيث تكون هناك دواعي للشك والحدرو ويصيف أيضاً ومن الممكن أن يجد تطبيقاً لهذه الفكرة في المادتين (١٠) و (١٦) من القانون الموحد للتأمين عالجت أواخرها تصحيح السفينة الناقصة وعالجت الثانية روال حيازة المالك الحقيقي للورقة على أثر ضياع أو سرقة، ومن الملاحظ أن هذه الفكرة نفسها تسود القانون المدني بالنسبة للدفع الشخصية كما ورد بشأن العلط والتعريض إذ يستطيع المتعاقد أن يثير الدفع المتعلق بهما إذا ثبت علم المتعاقد الآخر أو سهولة علمه بوجوده"^(٣).

(١) بقص جبائي في ١١/نوفمبر/١٩٤٦، نقلاً عن عبد الجبار باجي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مرجع سابق ص ١٤٢.

(٢) محمد عبدالله، جرائم النشر، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٢٥٦، هامش رقم ٤.

(٣) أحمد إبراهيم البسام، قاعدة تطهير الدفع في ميدان الأوراق التجارية، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٦٩، ص ١٤٣.

لما عن حسن النية في القانون المدني، فقيل: تبعاً لنص المادتين (٣) من القانون المدني السويسري فإن المطهر يمكن أن يصاب إلى الحقيقة، أو بالأحرى أن يقوم مقام الحقيقة، ولكن ليس كل مظهر يجد ذاته يقوم مقام الحقيقة، بل لا بد أن يكون للطرف الذي يراه الاحتجاج به صده يد في إيجاده، وفي نفس الوقت فإن هذا المطهر يجب أن يبعث وبمعيار موضوعي الاعتقاد بصحته^(١).

إن نظرية المطهر ليست في حقيقتها إلا نظرية لحسن النية، فيجب أن يستعرض بعض تطبيقاتها لميتيين ارتكار هذه النظرية على الأساس الموضوعي لحسن النية، إن من أهم تطبيقات هذه النظرية هو عدم سماع دعوى الملك على حائر الموقوف (بحسن نية) واكتساب الملكية بالتقادم القصير ونفاذ أثر العقد بين العير والوكيل الطاهر في حق الموكل، وانعقاد العقد استناداً إلى الإرادة الطاهرة للمتعاقد الواقع في العلط حماية لحسن نية الطرف الآخر الجاهل للعلط.

فالقانون المدني في موضوع الحيازة بالموقوف لا يقر سماع دعوى الملك من أحد على من يحوز وهو حسن النية منقولا أو سداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح^(٢)، فحسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الدقي) وهو جهل الحائر أنه يتعدى على حق غيره، غير كاف للتثبت بحماية القانون، ما لم يقتصر بسبب صحيح الذي يعتبر عصر من عناصر حسن النية.

وفي موضوع الوكالة الطاهرة: - فإن نفاذ أثر العقد بين العير والوكيل الطاهر في حق الموكل يراعى فيه أنه: (لا يكفي أن يكون الغير حسن النية بالمعيار النفسي - الذاتي - أي يعتقد بأن الوكيل يعمل في حدود نيابته حتى يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي عقده مع الوكيل، ولكن هناك أحوال يدعم فيها حسن النية العير مطهر خارجي منسوب إلى الموكل ويكون من شأن هذا المطهر أن يدفع العير إلى الوهم الذي وقع فيه، فبعد ذلك يكون العير هو الأولي بالرعاية من الموكل لأنه لم يرتكب خطأ، أما الموكل فقد خلق مطهراً خارجياً أو أوقع العير في

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١١٤، ويشير إلى المعية يأتي ١١٤.

(٢) المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني، وبمقابلها المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي.

الوهم فيقصي القانون حميته على العير دون الموكل وسيله الى ذلك أن يجعل أثر التصرف الذي عقده العير مع الوكيل ينصرف الى الموكل، لا بموجب وكالة حقيقة فهي غير موجودة بل بموجب وكالة ظاهرة^(١).

(ويعلم أن يستعين العير في إثبات حسن نيته بإثبات المطهر الخارجي المنسوب الى الموكل، وهو المطهر الذي أوهم العير أن الوكيل نائب وفي إثبات أنه غير مقصر في الانسياق وراء المطهر، بل اتحد من الاحتياطات ما يتحده الشخص المعتاد في الظروف التي تم فيها التعاقد مع الوكيل ليثبت من أن هذا المطهر يطابق الواقع، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته^(٢)).

والغلط غير المغتفر^(٣) يشكل في كل العروص، خطأ يتحمل فاعله تبعته والعقد يبقى قائماً فهو في الحقيقة ليس إلا تهاوياً وعلى ذلك فإن القضاء لا يمنح حمايته لمن يرتكب مثل هذا الغلط، على كل فرد أن يبذل كل العناية التي يبذلها الشخص المعتاد النكي، والمتنصر تبعاً لمعلوماته أو للظروف التي يوجد فيها وذلك لدى إبرام العقد، ويقال في هذا أيضاً: "إن الغلط إذا لم يكن مشتركاً، فاجأ المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط، ولزم أن يبطل العقد قبل المتعاقد الآخر حسن النية لا نذب له في ذلك، والمحطى هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين ما شاب إرادته من غلط، ويجب عليه التعويض، وحير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً، إذ أن العقد هنا لم يتم عن إرادة المتعاقدين الحقيقة؛ لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد، بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات^(٤).

من كل ما ذكرناه عن مبدأ حسن النية في شتى المجالات القانونية نتضح لدينا الحقيقة البارزة التالية: هي أن حسن النية لا يكفي بتقديره كأساس شخصي (دائي) وإنما يجب تقديره وفي أن واحد كأساس موضوعي أيضاً، وأن هذين الأساسين متكاملان لا يفصلان، وتوفر حسن النية بالأساسين معاً هو حسن النية المطلق، وإذا كنا قد علمنا في الفصل الأول من رسالتنا هذه

(١) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، الجزء السابع، القسم الأول، فقرة ٣٠٦، ص ٦٠١.

(٢) المرجع ذاته، ص ٦٠٧.

(٣) وهو الغلط الذي يصل من الجسامة حداً بحيث أن الرجل المعتاد أو العاقل لا يرتكبه.

(٤) المرجع ذاته، الجزء الأول، ص ٣٢٥.

أن سوء النية يتمثل في نية الإضرار بالطرف المقابل وأحياناً في مجرد العلم بالصبر الذي يصيب الغير وأن سوء النية هذا يطع الخطأ بالعمدية فإن انتهاء الخطأ العمد لا يكفي للقول بتوفر حسن النية المطلق.

إذا كان الشخص الذي يجري التساؤل عن سلوكه قد اتصف بالإهمال في علاقته مع الغير، ذلك الإهمال الذي أصّر بمصلحة الغير، وما الواجبات التي تردت أثناء بحثنا مختلف أوجه التطبيقات السابقة لحسن النية مثل: واجب الاعتماد في التصرف على أسباب معقولة وواجب التحري والبحث الجديين وواجب التحرر عن العلط الذي هو وليد الرعوبة والإهمال وواجب بذل الجهد لمعرفة الحقيقة وإدعاء الاستياء الذي تتطلبه الظروف وعدم التقصير في التمسك وراء المظهر وواجب اتخاذ الاحتياطات التي يتخذها الشخص المعتاد في الظروف التي تم فيها التعاقد ولزوم وجود سبب صحيح في الحيازة بالمقول وواجب الاتصاف باليقظة، الاعتبارات مختلفة، متنوعة تفصح عن أمر واحد هو واجب السلوك بتبصر وتجنب الإهمال يشتى أشكاله وصوره ومسمياته وهذا السلوك هو الذي يقدر بمقياس الرجل المعتاد عادة، وهو مقياس موضوعي، فيصبح من الضروري لتوفر حسن النية المطلق انتهاء سوء النية من جهة (وتقديره تقدير ذاتي) وانتهاء الإهمال أيضاً (وتقديره تقدير موضوعي مجرد).

إن أعمال الأساس الموضوعي لحسن النية في مجال تنفيذ العقود، كما في مائر مجالات السلوك القانوني الأخرى يجد سنده كسند الأساس الشخصي (الذاتي) في الأحلاق^(١) كذلك إن الأحلاق توصي الفرد بأن لا يكون مهملاً ولا قليل الحذر بل نرى أن من أول واجباته أن يكون بصيراً محتاطاً بعواقب الأمور أو كما تعبر الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن ذلك بقولها: "يفترض همن يتمتع بقواه العقلية أن تتوفر لديه درجة الانتباه والعناية التي تتوقع في سواء الناس ويتحقق معنى الخطأ في كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة من الانتباه والعناية"^(٢).

(١) السيد البدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٣٥٤.

وبهذا فإن قيام حسن النية في تنفيذ العقد على أساس من انتفاء أي خطأ سواء كان خطأ عمد أو إهمال، خطأ يقدر بمعيار ذاتي، أو خطأ يقدر بمعيار موضوعي، وبالتالي فإن القضاء يلجأ إلى الأساسين الشخصي (الذاتي) والموضوعي في تقدير سلوك المتعاقد للتثبت من حسن نيته ومن التطبيقات على ذلك أن المدين قد لا يشعر بأي قصور في سلوكه بل قد يشعر بأنه بذل كل ما في جهده، كالطبيب الذي يخطئ في تشخيص المريض ويجري عملية جراحية للمريض يتسبب عنها وفاته فهو قد يعتقد بأنه لم يقصد في شيء وأنه بذل كل ما لديه من حذرة في حسن تشخيص المرض وحسن اجراء العملية ولكن هذا الاعتقاد لا يضيء الطبية على إرادة الطبيب إذا كان طبيب آخر نفس مستواه ونفس ظروفه لا يسبب مثل هذا الضرر للمريض^(١).

إن الفصل الثاني من رسالتنا هذه محصن لحسن النية وفقاً للأساس الموضوعي للالتزام أي بحسن النية المبي على انتفاء الأخطاء غير العمدية بحيث أن يجب مثل هذه الأخطاء غير العمدية ضروري في كل الأوقات والظروف وهذا ما يستدعي القول بأن حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي يجب النظر إليه من جانبين الجانب الأول ما يفرسه على المدين من واجب تجاه الأحداث الطارئة التي تؤثر على تنفيذ الالتزام، إذا يجب أن يتحلى بالاستباه والبصيرة الضروريتين لكي يتوقع تلك الأحداث ولا يقاها بها في وقت يتحدد الاستعداد لدفعها كما أنه يجب أن يبدي إخلاصه تجاه تنفيذ الالتزام إذا ما وقع الحادث الطارئ ولم يكن قد توقعه قبلاً، بأن يحاول دفعه إن استطاع وإلا فالتقليل من أثره وتدارك الجزء الممكن من التنفيذ ولكن الإخلاص تجاه التنفيذ ليس واجباً في جميع الظروف الطارئة، ذلك أن من هذه الظروف ما يدفع المدين إلى التحلي عن تنفيذ التزامه بإرادته الحرة لنواعث يعتد بها المجتمع مشروعة، منها: إثارة المدين لحق من حقوقه أعلى من حق الدائن المقابل لتنفيذ الالتزام، ومنها أيضاً استجابة المدين لدواعي الإنسانية والواجب الوطني والمصلحة العامة ومتطلبات التعاون.

(١) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء المدنية، مرجع سابق، ص ١٢٤.

لما الجانب الثاني، فهو ما يعرضه (حس النية) على المدين في الظروف الاعتيادية في بئل مستوى معين من العناية، هو في الأصل مستوى عناية الرجل المعتاد، مع الأخذ بنظر الاعتبار ظروف المدين الخارجية والداخلية المعروفة للدائن، وما يتضمنه ذلك من اتخاذ المدين إجراءات واحتياطات ومواقف تضمن في جملتها تحقيق الهدف من العقد.

وعلى هذا الأساس سنفرد في هذا الفصل بحثاً لدراسة كل جانب من هذين الجانبين، بدأها بمبحث أول في حس النية وفقاً للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع، ويتناول في المبحث الثاني حس النية وفقاً للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ.

المبحث الأول

حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي وعدم التنفيذ المشروع

من الأحداث الطارئة، إنشاء تنفيذ العقد، ما يجعل التنفيذ مستحيلاً مثل هذه الحدث الطارئ إذا لم يكن المدين قد توقعه ولم يكن له يد في إيجاده من قريب أو من بعيد ولم يستطع دفعه، هو سبب أجنبي عنه يعفيه من تنفيذ الالتزام لأنه حسن النية لم يقصر في شيء.

والسبب الأجنبي قد يكون على صورة قوة قاهرة أو فعل الدائن نفسه أو فعل الغير، إن عدم توقع المدين للحدث الطارئ وعدم استطاعته دفعه أو التقليل من أثاره هما العنصران اللذان يسبعان على الحادث صفة (السبب الأجنبي).

إن في إحقاق المدين في تنفيذ الالتزام إخفاقاً كلياً أو جرنياً في الكم أو الكيف، يحقق العنصر الموضوعي للخطأ العقدي، ولكن عدم توقعه للحدث وعدم استطاعته دفعه يجعلانه في حالة إكراه على عدم تنفيذ التزامه، إذا لم تتحرف إرادته عن التنفيذ.

والتعبد كعمل قانوني له عنصران: العنصر المعنوي (الإرادة)، والعنصر المادي (العمل المادي المعبر عن الإرادة) يكون قد توفّر له العنصر الأول دون العنصر الثاني، وتوفّر العنصر الأول (إرادة التنفيذ) يكفي للتدليل على حسن نية المدين رغم استحالة تنفيذه للالتزام^(١).

وإذا كان السبب الأجنبي يعفي المدين من تنفيذ التزامه وإن احدى صور السبب الأجنبي هي فعل الدائن نفسه، فإن على الدائن أن يتحرر ويحناط من أن يكون موقفه أو فعله سبباً أجنبياً يؤدي إلى عرقلة التنفيذ، وهنا تكمن فكرة وجوب تعاون الدائن مع المدين للوصول بالعقد إلى الهدف المنشود منه، وأن عدم احتياط وتحرر الدائن بعد خطأ منه يخل بحسن نيته الذي يقاس بمعيار موضوعي أيضاً بينما يعفي المدين من المسؤولية لعدم انتقاء حسن النية.

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٥٧.

ومن جهة أخرى فإن البواعث المشروعة لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته تقدر بمعيار موضوعي، فلا عبرة بما يعتبره المدين باعثاً مشروعاً، بل العبرة بما يراه المجتمع بشأن هذا الباعث فإذا أقرّ المجتمع مشروعيته فإن صفة حسن النية تثبت للمدين وتعيّفه من المسؤولية وإلا كان مخطئاً مهما اعتقد في سريره من أن موقفه المخالف للالتزام يستند إلى باعث مشروع.

وحتى نبحث تلك المواضيع بدقة، فلننظر على تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول السبب الأجنبي في الخطأ ونخصص المطلب الثاني لدراسة واجب الدائن في تيسير التنفيذ (فكرة التعلون)، والبواعث المشروعة لعدم التنفيذ في المطلب الثالث.

المطلب الأول

السبب الأجنبي ينفي الخطأ

المسؤولية المدنية تنشأ عن الخطأ، ولا مسؤولية بدون خطأ، والقوة القاهرة المعفية للمدين لا تعني إلا استثناء الخطأ والشروط المتطلبية للحادث الطارئ لا تعني إلا بفي الاشكال المختلفة من الخطأ التي يمكن ان تنسب إلى المدين، ويذهب رأي إلى القول : "حقاً أن ثبوت القوة القاهرة يعني عادة استثناء الخطأ إلا أن وقوع ذلك عادة لا يؤثر على صياغة القواعد القانونية ببعي ان يربا بها عن التأثير بما يجري عليه العمل.. وعلى ذلك فالتعريف الذي تعطيه للخطأ يجب ان يظهر منه أن الخطأ شيء والقوة القاهرة شيء آخر، إذ القول بغير ذلك ينتهي بنا حتماً إلى الخلط بين ركني للخطأ وعلاقة السببية"^(١).

والذي يراه أنه يجب التفريق بين القوة القاهرة كحادث مادي بحت، وكواقعة قانونية يترتب عليه اعماء المدين من المسؤولية، والحادث المادي المجرد لا ينقلب إلى قوة قاهرة أو بمعنى أعم إلى سبب أجنبي إلا بالمقارنة مع سلوك المدين، والحادث الذي يمكن توقعه ويمكن دفعه لا يتخذ صفة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، وعلى عكس ذلك فالحوادث الذي لا يكون في وسع المدين ان يتوقعه أو يدفعه يعد قوة قاهرة، ومن زاوية الصفة القانونية للحادث، لا من زاويته المادية البحتة، ترى العلاقة وثيقة بينه وبين خطأ المدين، وعلاقة المدين بالحادث يكشف عن كونه قوة قاهرة أو حادثاً اعتيادياً، يكشف بالنتيجة عن سلامة موقف المدين لو عن خطئه في حالة عدم التنفيذ، وبهذا فإن السبب الأجنبي ينفي الخطأ"^(٢).

(١) حس الأبراشي مسؤولية الاطباء المدنية، مرجع سابق، ص ١١٤، يشير إلى الكلف الذين يرون بأن القوة القاهرة تعني غياب الخطأ وهم جاردناريشي، ص ٢٣، بند ٦٧، و سودراير بند ٦٤، وديموج، الجزء الثالث بند ٢٦٢، ومازو بند ٦٦٩.

(٢) ثورت الأسيوطي مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، القاهرة، ١٩٦٢، مقصورة ٣٢٠، ص ٤٢٩، وعيد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٦١، ويشير فيه إلى عبد السلام ذهني، النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، ١٩٢٣، مقصورة ٢٧٠، ص ٢٥٨.

وقد أورد القانون المدني حكم إعفاء المدين في حالة السبب الأجنبي صراحة بما نص عليه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه" (١).

متى يعتبر المدين محقاً في عدم توقعه الحادث الطارئ؟ ومتى يعتبر محقاً في عدم دفعه الحادث وبعبارة أخرى متى يعتبر التنفيذ مستحيلاً؟ وما هي صورة هذه الاستحالة؟ إن بيان الإجابة عن هذه التساؤلات بصورة واضحة محددة هو الذي يرسم الطريق التي يجب أن يسلكها المدين تجاه الحوادث الطارئة ليتجنب الخطأ ويعي بواجب حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي في التنفيذ، وسنذكر من هذا المبحث من أجل هذه الغاية.

(١) المادة (٤٤٨) من القانون المدني الأردني، وتقابلها المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري والمادة (٣٧١) من القانون المدني السوداني.

الفرع الأول

عدم إمكان توقع الحادث الطارئ

يجب أن لا يكون في الإمكان توقع الحادث، وبهذا يجب أن يكون عدم التوقع مطلقاً لا سببياً، ولكن دور العلو في ذلك فانه يكفي أن يكون الحادث غير ممكن توقعه عقلاً^(١)؟

واستخلاص التوقع يتم عن طريق المسطق والاستدلال وليس بالبحث في الحالة النفسية للمدين، ويتبعاً للظروف والخصائص التي تحيط بالحادث الطارئ فمن واجب المدين أن يتوقع إقدام المشرع على سن قانون معين^(٢)، إذا كانت الحكومة قد طالبت بسن هذا القانون وابتدى المشرع اهتمامه بسنّه، وعلى العكس لا يعد سنّه متوقعاً إذا حصل بصورة فورية ومباغتة، ومما يدل على اعتيادية الحادث كثرة وقوعه^(٣)، أما الحوادث الشاذة النادرة فلا تعدّ متوقعة، وإضافة إلى معيار (الاعتيادية) هناك حوادث يجب توقعها بحكم (الظروف) أو (طبيعة العقد) فمن المتوقع مثلاً حصول خلل في ماكينة السفينة في عرض البحر خلال الرحلة، أو توقف السفينة في ميناء معين عملاً بالإجراءات الصحية، ومن المتوقع ارتفاع سعر منتج معين بسبب تناقص إنتاجه، وقد يحجم واجب توقع خطأ الغير من نص في قانون أو لائحة^(٤) كالنصوص التي تحرم نقل المواد المتفجرة في القطارات والطائرات، والاصل أن المدين لا يكلف بتوقع أخطاء الغير لأنها أفعال شاذة (غير اعتيادية) إلا إذا قضت ظروف الحال بوجوب توقع ذلك^(٥).

(١) حس عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٣٦٠، ويشير فيه إلى محكمة النقص الفرنسية في ١٤/١٠/١٩٤٨، جارين دي باليه، ١٩٦١، ١٩٤٨، وفي ٢١ يناير سنة ١٩٤٦، والفرز ١٩٤٦، ١٩٤٨، الجراء السادس، صحيفة ٥٧٦، بيد ٥٣٨، بومارو، الجراء الثاني، بيد ١٥٧٦.

(٢) قرار تمييز رقم ٩٧/١٩٦٩، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨، العدد الأول، ص ٢١٥.

(٣) قرار تمييز حقوق رقم ١٠٣٣/٩٤، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٦، ص ١٤٣٣.

(٤) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٦٣، ويشير فيه إلى قرار محكمة الاستئناف المشور في مجلة المحاماة لسنة ١٩٣٧، تحت رقم ٣٤٠، ص ٧١٦، إلى أن القضاء (جوال) به مواد متفجرة سقطت تحت عجلات القطار هو فعل متوقع الحصول، لوائح السكك الحديدية فمبعته مقنناً (م ٤ ف ٥ و م ١٣) من القرار الحاص بنظام السكك الحديدية الصادر في ٤ مارس ١٩٢٦.

(٥) ثروت الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، القاهرة، ١٩٦٠، فقرة ٣٦١، ص ٥٠٠، ويشير إلى سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، النسخة الفرنسية، ص ٤٠٥.

ومن المبادئ السائدة أنه لا يجوز تطبيق بطريقة القوة القاهرة إلا إذا كانت هذه الأحداث الطارئة لا يمكن توقعها، ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء أن ارتفاع الأسعار بسبب الحرب أو الاضطراب العام لا يعتبر حالة قوة القاهرة إلا إذا جعلت الوفاء مستحيلاً استحالته تامة^(١).

ومع اضطرار التقدم العلمي في كل المجالات أصبح من الممكن توقع أمور كثيرة لم يكن بالإمكان توقعه قبلاً مما يوسع دائرة الخطأ ويقلص من دائرة القوة القاهرة^(٢).

وأهمية توقع حادث اعتيادي معين تتجلى في أنه يلقي على عاتق المدين واجباً باتخاذ الإجراءات الضرورية لتجنبه، فالسرقات بالطرق الشائعة تعد أموراً متوقعة لذا كان من واجب المدين اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنعها، أما السرقات التي تقتدر بالعبث أو باستعمال أساليب متطورة خاصة فهي لا تعد متوقعة اعتيادياً^(٣).

ولا مسؤولية عليه إذا لم يتخذ الإجراءات لمنعها، ولكن مدى الواجب في التوقع يختلف من مدين إلى مدين، فهناك مثلاً فرق بين ما يجب أن يتوقعه مدين بحفظ شيء اعتيادي، وبين ما يجب أن يتوقعه مدين بحفظ شيء ثمين أو المدين المهني الذي يحفظ شيئاً بصفته المهنية، فعلى الثاني أن يتوقع لا الحوادث الاعتيادية فحسب بل حتى الحوادث غير الاعتيادية كالسرقات التي ترتكب باستعمال أساليب متطورة من الساحة الغبية.

وستخلص من ذلك أن خطأ المدين ثابتاً، إذا كان قد توقع الحادث، ولم يتخذ الإجراءات الضرورية التي في وسعه لمنع وقوعه^(٤)، وخطأه في هذه الحالة يدعى بالبطش أو التهور وهو

(١) تمييز حقوق رقم ٧٨/٣٥٧، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٩، العدد الرابع، ص ٤١١.

(٢) ثروت الاسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، فقرة ١٢١، ص ١٦٥.

(٣) تمييز حقوق رقم ٩٨/١٤٥٢، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٩، العدد الأول، ص ١٩٥٣.

(٤) قرار تمييز حقوق رقم ٦٣/٧٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٣، العدد الثاني، ص ١٣٦، والذي يبيّن فيه محكمة التمييز شروط الحادث ليكون قوة القاهرة بقولها: يشترط في الحادث ليكون قوة القاهرة -توفر أربعة شروط، أ- أن يكون غير متوقع للحصول ب- أن يكون غير ممكن الدفع ج- أن يجعل تعهد الالتزام مستحيلاً، د- أن يكون هناك خطأ من جانب المدين، وعليه فإن الإغلاق الحدود بين الأرض وسوريا لا يمكن الاحتجاج به كقوة القاهرة يحل المميز من المسؤولية التعاقدية بتقديم حاجيات للجيش التزم بتقديمها.

خطأ صادر عن إرادة ووعي المدين، أما إذا لم يلمح المدين الحادث الذي كان متوقعا، فهو مهمل أو عديم الانتباه أو غير متبصر^(١).

الفرع الثاني

عدم إمكان التغلب على الحادث واستحالة التنفيذ

على المدين وبصورة مبدئية تفيد التزامه طالما كان التنفيذ ممكنا، وتطبيقا لذلك نص القانون المدني الأردني على: 'يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانونا قبل تحلف المدين فقد وجب تنفيذه جبرا عليه تنفيذا عيبيا أو تعويضا طبقا لنصوص القانون'^(٢)، كما نص أيضا: 'يجبر المدين بعد إداره على تنفيذ ما التزمه تنفيذا عيبيا متى كان ذلك ممكنا.'^(٣).

والتنفيذ المطلوب من المدين هو التنفيذ العيني، وليس تنفيذا آخر، أي التنفيذ بذات ما التزم به المدين، وهو حق لكل دائن وكذلك حق لكل مدين، أي بمعنى أنه لا يمكن لأي من المتعاقدين الإحادة عنه بمفردهم، فلا يستطيع المدين أن يحيد عنه إلى غيره، وكذلك الدائن إذا أصر المدين على التنفيذ العيني، فليس بإمكانه طلب التعويض بدلا عنه^(٤)، ولا يجوز الإحلال به عن طريق تعبير محله، حتى لو كان المحل النديل أكثر قيمة من المحل الأصلي، إلا إذا تراضى الطرفان على التعبير فيكونان قد اتفقا على تعديل العقد.

ويجب التفريق بين الحوادث القاهرة التي تعد قوة القاهرة، وبين الظروف الطارئة التي لا تعد إلا مجرد صعوبات، فالظروف الأولى تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بينما الظروف الثانية لا تجعله مستحيلا رغم أنها تزيد في التكاليف التي يتحملها المدين^(٥).

(١) عبد الجبار ناجي، مبدا حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٢) المادة (٣١٥) من القانون المدني الأردني، تقابلها المادة (١٤٥) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٣٥٥) من القانون المدني الأردني تقابلها المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي.

(٤) ياسين جبري، آثار الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص ١١٥، عبد القادر القار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، عمل مكتبة دار الثقافة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٦، ص ٥٨.

(٥) قرار تمييز حقوق رقم ٧٥/٦١، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٦، العدد الرابع، ص ٥١٢.

لا يعدّ المدين محطناً اذا لم يتوقع الحادث الطارئ محطناً ولكنه استطاع في اللحظة الأخيرة النجاح في منع وقوعه، كما لا يعدّ مخطئاً اذا توقعه ولكنه لم يستطع حسب القدرات المتوفرة لديه وحسب العناية المطلوبة منه أن يمنعه والعبارة ليست بوقوع الحادث بالذات، بل هي في كونه يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً.

ولدراسة هذه المواضيع سوف نقسم هذه الفرع إلى أربعة أقسام هي: الأساس الاخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ، وأنواع استحالة التنفيذ، ومتى يسأل المدين عن القوة القاهرة، والتفريق بين القوة القاهرة وصعوبات التنفيذ.

أولاً: الأساس الأخلاقي للإعفاء بسبب استحالة التنفيذ

إن أساس الإعفاء من الالتزام في حالة السبب الاجنبي أساس أخلاقي مصمومه : (أن لا التزام بمستحيل)^(١).

وما يلزم بأن يكون إنساناً أسمى يقهر العوي الطاغية ويؤدي أعمالاً بطولية حارقة^(٢)، أما الاستحالة التي يكون المدين هو السبب في خلقها فهي لا تعفيه من التنفيذ، فالعقد شرعية المتعاقدين لا يجور بفصله ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون^(٣)، بمعنى هذا أن من لا يحوله القانون التحلل من التزامه يبقى مسؤولاً ولا يستطيع أن يتحرر منه ولو بصورة غير مباشرة عن طريق جعل تنفيذه مستحيلاً، وبعبارة أخرى، لا يتخلص المدين من التزامه طالما ارتكب خطأ، ولو أن تنفيذ الالتزام بحد ذاته لم يعد ممكناً في الحقيقة والواقع.

(١) محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصانير والالتزام، دمشق، المطبعة الجديدة، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، حقرة ٥٠٩، ص ٣٨٦.

(٢) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٦٩، ويشير فيه إلى بودري وفال، الالتزامات، الجزء الثاني والعشرين، القسم الثاني، حقرة ٤٢٣/ص ٤٦٠.

(٣) المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني ويقابلها المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/١٤٨) من القانون المدني السوري.

ثانياً: أنواع استحالة التنفيذ

استحالة التنفيذ إما أن تكون استحالة مادية مطلقة أو استحالة نسبية أو استحالة وقتية، أو استحالة جزئية، ونتناول هذه الاستحالات بالإيصاح تباعاً :-

أ: الاستحالة المادية المطلقة.

الحوادث التي لا يد للإسكان في حدوثها، ولا يمكن توقعها لا زماناً ولا مكاناً وبذات الوقت لا يمكن دفعه^(١). وبالتالي فهي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مادية مطلقة، ومثل ذلك: إذا كان المَقاول رساماً وقطعت يده التي يرسم بها، أو فقد بصره، أو كان العمل إجراء عملية جراحية وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية.

فهي هذه الحالات تفسخ المَقاول كما تفسخ بموت المَقاول، وتطيقاً لهذه الفكرة نص القانون بخصوص انتهاء عقد المَقاول على: "إذا حدث عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه"^(٢).

وكما يؤدي السبب الأجنبي إلى استحالة تنفي الالتزام استحالة مطلقة فهو قد يؤدي إلى استحالة ممارسة الدائن لحقه تجاه المدين، مما يؤدي إلى عجز الدائن عن تنفيذ الالتزام المَقاول للحق الذي عجز عن ممارسته.

فهنا استحالة مادية مطلقة غير مباشرة في تنفيذ الالتزام مثال ذلك في حالة إجارة الأرض الزراعية، استحالة ارتفاع المستاجر بالأرض المؤجرة بسبب انقطاع المياه عنها، أو نشوب

حرب يغير بسببها العدو على الأرض ويمنع من زراعتها أو حدوث زلزال يثقل الأرض فيجعلها غير صالحة للزراعة أو يجعل للماء يغمرها^(٣).

(١) قرار تمييز حقوق رقم ٩٧/١٩٦٩ مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٩٨، العدد العشر، ص ٢١٥.

(٢) المادة (٨٠٩) من القانون المدني الأردني.

وقد عرف الفقه الإسلامي نظرية العسخ بالصبر الطارئ وخاصة في عقد الإيجار، فيفسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية، وإذا استأجر شخص حماما في قرية، مدة معلومة، ففقر الناس ووقع الجدر، فلا يجب الأجر^(١)، بل هذه البطوة تتفق مع فكرة السبب في الالتزامات وارتباط الالتزامات المقابلة تلك الفكرة التي تجد سندها في قواعد العدالة.

ب: الاستحالة النسبية

ويقصد بها الاستحالة الراجعة الى الشيء في ذاته، لا استحالته بالنسبة الى المدين، إذ قد يلزم شخص بعمل معين يكون مستحيلا عليه هو القيام به، سيما لا يكون كذلك بالنسبة الى شخص آخر غير هـ، فهنا يوجد الالتزام، ويكون محله صحيحا، ولا تأثير للاستحالة على محل الالتزام سواء أكانت تلك الاستحالة سابقة على وجود الالتزام أم لاحق له.

ومن صور استحالة التنفيذ، استحالة بسبب وسيلة التنفيذ كمن يعفي مجهر التيار الكهربائي من تنفيذ التزامه، إذا كان قد اشترط في عقد التجيير استخدام القوة المائية وحدها في توليد الكهرباء وصادف أن حدث جفاف شديد أدى الى جفاف الشلال، فلا تعتبر الاستحالة مطلقة بسبب إمكان استعمال الوسائل الحرارية مثلا لتوليد الكهرباء.

أو استحالة بسبب مدى العناية المطلوبة إذا تعهد المدين بتعدي التزامه ببذل عناية الرجل المعتاد، بالتعدي يعد مستحيلا إذا وجدت حوادث، يفترضى التغلب عليها بذل عناية تفوق عناية الرجل المعتاد.

وأیضا من صورها استحالة بسبب اعتبارات العدالة إذا كان يمكن للمدين أن يدفع الحادث ولكن مع خسارة جسيمة لا تتناسب مع المنفعة المتروكة من العقد، فلا يجبر على تحمل

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السادس، القسم الثاني، فقرة ٧٤٩، ص ١٣١٣، أنظر المادة ٧٢٠ من القانون المدني الأردني.

(٢) ياسين الجبوري، الميسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مطبوعة العقد، القسم الثالث، آثار العقد وإحلاله، دراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني والفقه الإسلامي مع الإشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والعربي، عمل د. دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، هـ ١٤٢٥، ص ٥١٠.

هذه الخسارة، لأن في ذلك اخلالاً بمركزي الطرفين اللذين حصلا عليه عند تكوين العقد، اخلالاً غير معتاد ترخصه قواعد العدالة وتعتبر الاستحالة السببية قسمة ويعفى المدين من تنفيذ التزامه، فالناقل البحري المكلف بإيصال بضاعة معينة الى شخص معين في بلدة معينة بتاريخ معين، وتعطلت السفينة في الطريق بسبب صدمة ناجمة عن خطأ الغير، فترتب على ذلك تأخير تنفيذ التزامه عن التاريخ المقرر ببضعة أيام، يعفى من التأخير في تنفيذ التزامه^(١).

وأخيراً قد تكون الاستحالة السببية بسبب طبيعة العمل، فإذا كانت جماعة من الموسيقيين (كورس) قد تعهدت بإحياء حفلة موسيقية ثم مرض أحد أفرادها قبل في إمكان الجماعة، من حيث الطاهر، جلب بديل عنه، وعدم التسبب في تأخير الحفلة عن موعدها، ولكن يصعب القول بأن الجماعة ستؤدي مهمتها على ما يرام، ذلك أن الجماعة بأعضائها الأصليين هي التي نالت ما نالت من شهرة، لذا فإن الاستحالة السببية في تنفيذ إحياء الحفلة تعد قائمة بسبب من طبيعة العمل ودرجة الجودة الواجبة في تنفيذه^(٢).

ج: الاستحالة الوقتية.

قد يترتب على القوة القاهرة أو السبب الأجبي ليس استحالة تنفيذ محل الالتزام بل استحالة تنفيذه مدة معينة وبأحد المشرع الأردني حكماً واحداً بالنسبة للاستحالة الوقتية والاستحالة الجرنية في عقود المدة، لأن السبب الأجبي قد يؤدي الى امتناع تنفيذ العقد بعض الوقت^(٣) وقد طبق المشرع الأردني ذلك الحكم ومثال ذلك، إذا كانت الارض المستأجرة قد غشيتها ماء الفيضان فلا تصلح للزراعة عندئذ فترة من الزمن، فيسقط عن المستأجر من الاجرة

(١) قرار تمييز حقوق رقم ٩٦/٥٢٨ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨، العدد الأول، ص ١٤٢٨.

(٢) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٣) انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، بقرة ٣٨٥، ص ٢٦٥، تمييز حقوق رقم ٩٦/٨٢٥ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨، العدد الأول، ص ١٤٢.

ما يستحق خلال هذه المدة، ولكن العقد لا يفسخ، وإن احتار المستاجر فسخه انفضى العقد، وإن لم يفسخ بقي^(١).

وبالتالي فإن القوة الوقتية لا تعفي المدين من الوفاء بالتزامه بل تسمح له بتراخي الوفاء حتى ينقضي أثرها^(٢).

د: الاستحالة الجزئية.

قد لا يكون السبب الأجنبي مدعاة الى استحالة تنفيذ الالتزام كاملاً فيبقى في إمكان المدين أن ينفذ قسماً من التزامه دون القسم الآخر، فما هو واجب المدين في هذه الحالة لكي لا يقع في خطأ ولكي يعفى من المسؤولية؟ عليه أن ينفذ ما يمكن تنفيذه من الالتزام عملاً بقاعدة فقهية مشهورة أخرى، وهي: (ما لا يدرك كله لا يترك جله) ولكن هذا الواجب يستقي إذا كان في إيفاء جزء من الالتزام صرر للدائن، لا قد يكون الوفاء الجزئي مما لا يتحقق به ما كان مقصوداً من التعاقد، على أن الأمر في هذا متروك لقلبي الموضوع، فقد يرى أن استحالة الوفاء بالجزء الآخر من الالتزام يبرر انقضاء الالتزام كله، فيقضي بفسخ العقد كاملاً إذا كان العقد غير قابل للتجزئة، أو إذا كان ما استحل الوفاء به هو الجزء الأهم في الالتزام في حالة عدم قابلية الالتزام للتجزئة^(٣)، إن حسن نية الدائن توجب عليه قبول الأجل، ولا يسمع منه طلب الفسخ الكلي إذا كان التنفيذ الجزئي مجدياً.

ثالثاً: متى يسأل المدين عن القوة القاهرة

لا يشترط لتحقيق مسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة من أن يكون قد توقع الحادث الذي عد قوة القاهرة أو قصر في دفعه عند وقوعه بل يشترط أن يستقي أي خطأ من جانبه يكون مقارناً لوقوع الحادث (السبب الأجنبي) فلو كان المدين قد تعهد بنقل

(١) المنكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق ص ٢٥٥ (٢) حسين عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، الفقرة ٣٥٨ ص ٣٧٠، يشير إلى قرارات محكمة النقض العرسية في ١٥ ديسمبر ١٩٢١ وفي ١٥ نوفمبر ١٩٢٥ وفي ٨ ديسمبر ١٩٢٦.

(٣) نور سلطان، مصادر الالتزام مرجع سابق، فقرة ٢٨٥ ص ٣٦٥.

بضائع، ولكنه أختار الطريق الأطول خلافاً لمصلحة الدائن ثم تصدّت له عصابة مسلحة سرقت البضاعة التي في عهده، فإن خطأ في اختيار الطريق الأطول يجعله مسؤولاً عن القوة القاهرة رغم أنه لم يكن قد تصدّى العصابة المسلحة له ورغم أنه بذل كل ما في استطاعته لدفع الحادث، وفي عقد البيع يلزم المشتري بتسلم المبيع، فإذا تناطاً في استلامه وقام النقص بأعذاره بوجوب التسلم ثم هلك المبيع بقوة القاهرة فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك^(١). حتى لو لم يتوقع الحادث الطارئ ولم يكن في وسعه دفعه بحال، خلافاً للمبدأ المقرر من أن تبعية الهلاك على البائع قبل التسليم^(٢)، ويمكن القياس على هاتين لية حالة أخرى يقرّر فيها خطأ المدين^(٣) بحدوث القوة القاهرة فيصبح المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه رغم توفر عناصر القوة القاهرة وذلك بسبب اقتران خطأ المدين بالقوة القاهرة.

رابعاً: التفريق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة

استحالة التنفيذ الناشئة عن سبب أجنبي لا ينسب إلى المدين هي التي تعفي المدين من التزامه، أما صعوبة التنفيذ الناشئة من بعض الحوادث فهي غير معوية للمدين، فما هو معيار التفريق بين القوة القاهرة وصعوبة التنفيذ؟

إن الصعوبة توجد إذا أصبح التنفيذ أكثر كلفة أو إرهاق مما كان عليه قبلاً، مثال ذلك: أن يتأخر الناقل في شحن البضاعة أسابيع عدة بحيث انخفضت أثلثها قيمة النقد وأصبحت الطائفة التي كان قد خصصها للقل بعتل، ولا تعد هذه الحالة مما يبرر الاستحالة^(٤). وقد قصي أيضاً بأن الطقس في الشتاء لا تعد قوة القاهرة^(٥). ولكن صعوبة التنفيذ إذا اتحدت طابع الإرهاق للمدين، بحيث حصل احتلال بين كفتي ميزان العقد مما يؤدي إلى إثراء طرف على حساب طرف آخر، فإن القانون يجيز إعادة التوازن إلى كفتي العقد وإعفاء المدين جزئياً من التزامه وقد

(١) المادة (١/٥٤٧) من القانون المدني العراقي، لا يوجد سابقة لها في القانون المدني الأردني

(٢) المادة (٥٠٠) من القانون المدني الأردني ونقابها المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٥٠١) من القانون المدني الأردني.

(٤) ثروت الأسبوطي، مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق ص ٤٦٩، وبشير إلى قرار محكمة السنين التجارية في ١٧ يناير ١٩٤٩، ومحكمة روينير في حزيران ١٨٧١.

(٥) قرار تمييز حقوق رقم ٩٤/١٠٣٣، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٩٦، ص ١٤٣٣.

نص القانون على: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحتي الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"^(١). ويرى في هذه الحالة أن القانون اشترط أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً وإن تجد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً^(٢)، ويقصد بالإرهاق أن تهدد المدين خسارة فادحة، أما الخسارة المألوفة في التعامل فلا تكفي لإعادة التوازن إلى كفتي العقد، لا أن التعامل مكسب وخسارة وإرهاق للمدين لا ينظر فيه إلا للصفة التي أبرم في شأنها العقد، فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ لضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته، إن التحفيف من التزام المدين في هذه الظروف يستند إلى مبدأ حسن النية، هذا المبدأ الذي لا يفر استعلال أحد الطرفين للمناخب التي تواجه الطرف الآخر بحيث يثري على حساب حلالاً لقواعد العدالة، وهذا ما لكذه المشرع البولوني في المادة (٢٦٩) من القانون المدني البولوني وكذلك القضاء الألماني^(٣).

وهكذا نستطيع أن نفرر من أن الظروف التي تتوقع ولا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً تعد مجرد صعوبات لا تعفي المدين من التزمه، أما الظروف التي لم تتوقع ولها صفة استثنائية عامة وإن لم ترتب على حدوثها استحالة تنفيذ المدين لالتزامه إلا أنها تجعل تنفيذ مرهقاً بحيث تهدد المدين بخسارة فادحة فإن للقضاء بعد الموازنة بين مصلحتي الطرفين واسترشاداً بقواعد العدالة ومبدأ حسن النية أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز فسخ العقد.

(١) المادة (٢٠٥) من القانون المدني الأردني، وبمقابلها المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري، والمادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٩٨) من القانون المدني الكويتي.

(٢) قرار تمييز حقوق رقم ٨٠/٣٤١، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٨١، العدد الخامس، ص ٧٧٥.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٦٨٠.

المطلب الثاني

واجب الدائن في تيسير التنفيذ - (فكرة التعاون)^(١)

ليس واجب تنفيذ العقد بحسن نية واجبا مقصورا على المدين وحده بل انه واجب عقدي علم بفرض على طرفي العقد مهما تعدوا^(٢).

ويتمثل واجب الدائن هذا في ضرورة سلوكه تجاه المدين سلوكا متبصرا بحيث يتفادى الأخطاء المؤثرة على تنفيذ المدين لالتزامه، فلا يقف عقبة تسبب استحالة التنفيذ، عد ذلك سببا أجنيا يعفي المدين من تبعة عدم التنفيذ.

والواقع أن خطأ الدائن يعود بالصرر عليه بالذات أيضا، ذلك أن هذا الخطأ يؤدي إلى حرمانه من المنفعة التي كان يري جوها من تنفيذ الالتزام فهو خطأ يتحمل الضرر منه شخصيا. ورغم ذلك يجب أن تتوافر فيه أركان الخطأ العامة.

وإذا كان واجب الدائن هو أن يتحاشى أي خطأ يعيق المدين عن تنفيذ التزامه، فإن هناك مقابل هذا الواجب، واجبا آخر، على المدين مقتضاه أن لا يتسبب أو يدفع الدائن إلى ارتكاب الخطأ، فإذا حالف ذلك، فإن خطأ الدائن لا يعد عندئذ سببا أجنيا عن المدين، ذلك لأن له يدا في حدوثه.

ونستطيع القول بأن من أهم الواجبات المتفرعة من واجب الدائن العام بالامتناع عن الخطأ، واجبات أربعة تناولها في فروع أربعة وهي: واجب الدائن في التعاون مع المدين لتنفيذ التزامه بصورة صحيحة في الفرع الأول ويتناول في الفرع الثاني واجب الدائن في إحطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ، وفي الفرع الثالث ندرس واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقوقه وأخيرا واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين في الفرع الرابع.

^(١) السيد البديوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٩٢٩.

^(٢) أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة ٣٠١، ص ٢١٢.

الفرع الأول

ولجب الدائن في التعاون مع المدين لتتفيذ التزامه بصورة صحيحة

من الأمثلة على هذا الواجب، لزوم قيام عميل الحياط بما يطلبه الحياط اليه من اجراء التجارب (البروفات) على الندة، وإلا فإن الخياط لا يكون مسؤولاً عن عدم صلاحيتها.

وعلى رب العمل ألا يتأخر في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها، فإذا تأخر في ذلك وسبب تأخر المقاول في ايجار العمل لم يكن هذا الأخير مسؤولاً وعليه ألا يتأخر في دفع أقساط الاجرة المستحقة للمقاول حتى يستطيع هذا من ايجار العمل في مواعده المقرر، وعليه أن يحصل على الرخصة اللازمة للمقاول والتي لا يمكن البدء أو الاستمرار في إنجاز العمل بدونها^(١).

وأيضاً فالأمانة والإخلاص يقتضيان، أن يمتنع عن العث أو عن الحيلة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقاً له أو مستحيلاً عليه، أو تحميل المدين بعقوبات ومصاريف مالية ضخمة لا تتسجم مع الفائدة المتوخاة والمرجوة من العقد^(٢).

وعلى المؤلف أو الناشر أن يسلم لدار الطبع أصول المطبوع في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح تجارب الطبع على أوراق للتجارب^(٣).

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابع، القسم الأول، الفقرة ٧٨، ص ١٤٤.

(٢) حسام المدين، كمال الهمواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، القاهرة، ١٩٩١ - ١٩٩٢، فقرة ٣٠٧، ص ٢١١.

(٣) محيي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، معارضة بين الفرائض العربية والتربية الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة، فقرة ٣١١، ص ٤٥٢، ويشير به إلى جمال ركي، فقرة ١٧١، ص ٣١١ - ٣١٢.

الفرع الثاني

واجب الدائن في إخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ

يستلزم تنفيذ الالتزام بحسن نية واجب التعاون بين المتعاقدين، وأهم تطبيق لذلك هو الالتزام بالتصير والإعلام بالظروف والوقائع التي تكون ذات أهمية في تنفيذ العقد^(١). أي أن الدائن ملقى على عاتقه إخطار المدين عن الأخطاء الاستثنائية، فيكون محطاً كلما سبي تنبيه المدين عن مثل هذه الأخطار التي يجهلها ولم يكن من الواجب عليه أن يعلم بها.

تبدو أهمية الأخطار في أن المدين يصبح متوقفاً للطرف الذي يؤثر على سير التنفيذ، حيث قد أفضل ما يستطيع من الاحتياطات، لانتفاء أثر الطرف السيء على التنفيذ، فإذا أهمل الدائن في إخطار المدين، وقد حصل الطرف الذي كان ينبغي الإخطار عنه، فإن هذا الطرف الذي يعيق تنفيذ الالتزام يعتبر أجنبياً عن المدين ويعفيه من المسؤولية لأنه لم يكن متوقفاً بإياد فوطيعة الإخطار هي جعل المدين متوقفاً للطرف والحيلولة دون ادعائه بكون الطرف سبباً أجنبياً حال بينه وبين التنفيذ، ذلك لاستثناء أحد عنصري السبب الأجنب بالنسبة له وهو عنصر (عدم التوقع).

ولهذا الواجب تطبيقات تشريعية وقصائية في العديد من العقود وتتناول تطبيقاته في أربعة عقود هي:-

أولاً: في عقد الإيجار واجب المستأجر في إخطار المؤجر:

على المستأجر وهو الدائن بالانتفاع بالمأجور، أن يحظر المؤجر عن أي إدعاء من لجنبي بحق يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق^(٢)، وعليه أيضاً إذا ما وجدت في المأجور عيوب لا يجوز الإنشاء في إصلاحها أن يعذر المؤجر بحالة المأجور ووجوب إصلاحه فوراً^(٣)، وكذلك الأمر إذا وقع على العين المأجورة اعتصاف أو اعتدى أجنب بالتعرض لها أو بإحداث ضرر

(١) حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة ٣٠٧، ص ١١١.

(٢) المادة (٧٥٤)، القانون المدني العراقي، والتي ليس لها مقابل في القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (١/٦٨١) من القانون المدني الأردني.

فيها، وواجب المستأجر هذا قد شرع صراحة في القانون المدني المصري^(١) ولم يشرع في القانون المدني الأردني.

ولكن عدم تشريع هذا الواجب في القانون المدني الأردني يمثل الصراحة التي شرع فيها في القانون المدني المصري لا يدل على اختلاف الحكم بين القانونيين لأن هذا الواجب يقوم من دون نص لأنه يستند إلى القاعدة العامة في وجوب إخطار المتعاقد للطرف الآخر بكل طرف يؤثر على سير التنفيذ^(٢)، إن إخطار المؤجر بكل هذه الظروف يؤدي إلى تمكين المؤجر من استمرار تنفيذ التزامه تجاه المستأجر كما يؤدي إلى حماية حق المؤجر في العين العائدة له.

ولكن واجب إخطار لا يقوم إذا كان المؤجر يعلم أو يستطيع أن يعلم بما يهدد العين من خطر عن طريق غير طريق المستأجر، أو إذا كان المستأجر لم يعلم ولم يكن يستطيع أن يعلم بما يهدد العين من خطر^(٣).

ولم يحدد القانون ميعادا للإخطار، ولكن الواجب على المستأجر أن يبادر بالإخطار، وعليه إن إخطار المؤجر في أقرب وقت ممكن فإن تباطأ، والقاضي هو الذي يقرر ذلك وأصاب المؤجر ضرر من تباطئه كان المستأجر مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر^(٤).

ثانياً: في عقد العمل واجب رب العمل في إخطار المقاول:

إذا ثبت أثناء سير العمل بأن المقاول يقوم به على وجه معيب أو صاف للعقد، اندره رب العمل بأن يعدل عن طريقته في التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له^(٥) وذلك إن استمر المقاول في طريقة تنهيه الحاطة بعدم تنبيه رب العمل له، رغم علمه بعيب التنفيذ سيؤدي إلى إفساد عمل معيب، يرفض رب العمل تسلمه فيما بعد، وبعد المقاول وكأنه لم ينفذ شيئاً في الوقت الذي

(١) المادة (٥٨٥) من القانون المدني المصري.

(٢) المادة (٦٧٥) من القانون المدني الأردني، والتي تنص على تنفيذ العقد بصورة تحقق العلية المشروعة منه وتتفق مع حسن النية.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الرابع، فقرة ٣٨١، ص ٥٣٦.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٥٣٩ - ٥٤٠.

(٥) المادة (٧٨٥) من القانون المدني الأردني، وتسايلها المادة (١٨٩) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٥٠) من القانون المدني المصري، وانظر في كون هذه المادة تطبيقاً تشريعياً لمبدأ التعاون بين الدائن والمدين، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الثاني، فقرة ٤٣٥، ص ٧٩٢، هامش رقم (١).

كان بإمكان الدائن أن يتحاشى هذه النتيجة وأن يضمن حسن التنفيذ وانجاز العمل على الصورة المطلوبة إذا قام بواجب التنبيه.

ولا يشترط في الإنذار شكل خاص، فقد يصل الأمر من الخطر إلى حد أن يجد رب العمل من المناسب أن يوجه الإنذار على يد محضر (أو بواسطة كاتب العدل في الأردن)، كما إذا خالف المقاول المواصفات فلم يعمق الأساس كما ينبغي، وقد يكون الأمر من الهوادة بحيث يكفي التنبيه الشفوي كما إذا كان الحادث قد بدأ يصنع الثوب معيباً^(١).

ثالثاً: في عقد النقل واجب مرسل البضاعة في إخطار الناقل:

على مرسل البضاعة أن يحظر الناقل بطبيعة الصلح إذا كانت تحتاج إلى عناية خاصة أو وجد في الظروف أشياء ثمينة^(٢). وإلا فلا جناح على الناقل إذا بدل العناية المعتادة بحسب أكلان يتعلق الأمر بأواني رجاجية أو ساعات أو أجهزة قابلة للكسر وكان الناقل يجهل طبيعتها ولم يبدل العناية التي تتطلبها مثل هذه الأشياء^(٣).

رابعاً: في عقد التأمين واجب المؤمن له في إخطار المؤمن:

على المؤمن له أن يحظر المؤمن عن كل ما قد يتعرض له محل التأمين من أخطار، وقد شرع المشرع هذا الواجب^(٤) ومضمونه أن على المؤمن له إذا استجدت في أثناء سريان عقد التأمين ظروف من شأنها أن تؤدي إلى زيادة الخطر المؤمن منه^(٥) أن يحظر المؤمن عن هذه الظروف لإفساح المجال للطرفين باستبقاء العقد واستمرار تغطية الخطر ما أمكن ذلك بعد زيادة قسط التأمين، فعلى المؤمن له في المسؤولية عن حوادث السيارات إذا غير استعمال سيارته من الاستعمال الشخصي إلى سيارة للنقل العام (تاكسي) أن يحظر المؤمن وكذلك من يؤمن على نفسه من الإصابات إذا غير حرفته الأصلية إلى حرفة أشد خطراً، وكذلك من يؤمن على منزله من الحريق، إذا استجد إلى جوار المنزل مكان توضع فيه مواد قابلة للاشتعال^(٦).

(١) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابع، القسم الأول، فقرة ٤٥، ص ٨٤.

(٢) المادة (٢/٧١) من قانون التجارة الأردني.

(٣) ثروت الأسويطي، مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، فقرة ٢٠٤، ص ٢٨٠.

(٤) المادة (٣/٩٢٧) من القانون المدني الأردني، بتقابلها المادة (٩٨٦/ح) من القانون المدني العراقي.

(٥) محمد علي البدوي، النظرية العامة للتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الجامعة

المفتوحة، مطبعة الانتصار، الطبعة الثانية، طرابلس، ١٩٩٣، ص ١٦٨.

(٦) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، الجزء السابع، القسم الثاني، فقرة ٦١٧، ص ١٢٥٧-١٢٥٨.

الفرع الثالث

واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقه

قد يحدث في حالة تعسف الدائن في استعمال حقوقه تجاه المدين ظرف لا يجعل تنفيذ المدين للالتزامه مستحيلاً كلاً بل قد يؤثر على مدى ممارسة المدين لحقوقه فهل هذا الطرف من السبب الأجنبي في شيء؟ نكرر هنا بأن السبب الأجنبي لا يشترط فيه جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً كلياً بل هو قد يعيق تنفيذ جزء من التزام المدين^(١).

أو قد يحول بين المدين وممارسته لحق من حقوقه أو لمجموع حقوقه العقدية مما يجمعه امتناع المدين لمتاعاً إرادياً أو طبيعياً عن تنفيذ جزء من التزامه أو كل الالتزام المقابل للحق أو للحقوق التي حيل بينه وبين الانتفاع بها^(٢). وبموجب هذه النظرية فإن تعسف الدائن في استعمال حقه إذا أدى بحال من الأحوال إلى إعاقة المدين عن تنفيذ التزامه فإن هذا التعسف الذي يعد خطأ من جانب الدائن يعد سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين يعفيه من مسؤولية عدم التنفيذ، ويتجلى هذا الخطأ في خروج الدائن على مقتضيات الثقة المتبادلة والتعاون والتسويق المتبادلين بين طرفي العقد لتحقيق الغرض المتوخى من التعاقد.

ومن القرارات النادرة، المستندة إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الصادر من المحاكم الأردنية قرار محكمة التمييز الموقرة^(٣)، تضمن في واقع الأمر عدم قبول انسحاب الشريك من الشركة إذا كان هذا الشريك يسيء استعمال حقه، إن يتوفر لديه حسن النية وإن لا يتم انسحاب الشريك بوقت غير مناسب بحيث لا يؤدي إلى الإصرار بباقي الشركاء مع إخضاع تقدير توافر هذه الشروط لمحكمة الموضوع باعتبارها مسائل موضوعية لا يجوز تركها لإرادة الشريك المنفردة.

ومن تطبيقات واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقوقه واجبه في قبول صنف متوسط من الشيء المتعاقد عليه وليس للدائن أن يطالب بصنف أعلى من الشيء المتعاقد عليه

(١) فطر استحالة التنفيذ الجزئية من (١٠٠) من رسالتنا هذه.

(٢) انظر في أحوال استحالة التنفيذ المادية المطلقة من ٩٧ من رسالتنا هذه.

(٣) تمييز حقوق رقم (٩٨/٦٥٣)، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨، ص ٣٦٥.

في حالة عدم تعيين الصنف، وفي نفس الوقت لا يجوز للمدين أن يكتفي بتقديم أقل صنف منه، إذا لا إفراط ولا تفريط، والذي يتفق مع مصلحتي الطرفين هو تقديم صنف متوسط منه.

وقد شرع هذا الحل بالمادة (١٣٣) من القانون المدني المصري، ولم يشرع في القانون المدني الأردني، ولكن القواعد العامة تعرض الأحدث به. لذلك فإن عدم قبول الدائن للشيء من الصنف المتوسط يحول بين المدين وبين تعيد التزامه فعلاً، ولكن المدين يعد قائماً بأداء التزامه ولا تترتب عليه المسؤولية ويحتفظ الدائن بحقه في تسلم الصنف المتوسط من الشيء.

الفرع الرابع

ولجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين

نص القانون المدني الأردني على ما يلي: (يجوز للمحكمة أن تنقص مقدار الضمان لو أن لا تحكم بضمحل ما إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه)^(١).

وهذا النص وإن ورد في أحكام المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) ولكن لا يرى مانعاً من تعميم حكمه على المسؤولية العقدية تفسيراً لنص المادة (٢٦٦) التي تشترط في الضرر أن يكون نتيجة طبيعية لفعل الضار، وتطبيقاً لذلك فإن كل ضرر يسببه الدائن للمدين، وكان في وسعه عفاً أن يحول دون وقوعه، باتحاد الحيطة اللازمة لمنع وقوعه، فإن الدائن يصبح مسؤولاً عن تعويض المدين بسبب الخطأ الذي ارتكبه^(٢). هذا التعويض الذي قد يتخذ صورة إعفاء للمدين من تنفيذ التزامه.

ونتناول تطبيقات واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين في بعض العقود وهي عقود البيع والنقل والمعارضة.

(١) المادة (٢٦٤) من القانون المدني الأردني، ونقابليها المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٧٠) من القانون المدني السوري.

(٢) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٠٣، ويشير فيه إلى محمد كامل مرسى، الالتزامات، الجزء الثاني، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٢٦١، ص ١٣٤.

في عقد البيع، نص القانون المدني الأردني على أنه: (يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق لآخر...) وهذا يعني أنه يلتزم بتسليم المبيع بحالة تمنعه هو وغيره عن أي تعرض قانوني للمشتري. وإن كان الالتزام بضمحل التعرض أوسع من ذلك لأنه يشمل ضمان التعرض للمادي الصادر من البائع^(١).

وفي عقد النقل، على قائد سيارة الأجرة أن ينقل الراكب إلى أقرب وأيسر طريق، وعلى أمين النقل في عقد النقل، أن يقوم بنقل الأمتعة على أصلح عربة ومن أفضل طريق... وهكذا^(٢).

وفي عقد المقاولة، يجب على المفاول الذي يريد أن يوصل التيار الكهربائي إلى مكان ما أن يتحرى ويثبت عن أقرب مسافة بين مصدر التيار وذلك المكان^(٣). والا عد مطالبا بتكاليف غير ضرورية كان في إمكانه أن يتحاشاها.

(١) علي الحبيدي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ١٠٣، ويشير فيه إلى أنه لم يرد في القانون المدني الأردني نص يعالج التزام البائع بضمان التعرض الشخصي، على عكس من ذلك القانونين المصري في المادة (٤٣٩) والمراقي في المادة (٥٤٩).

(٢) عبدالناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإدارية في قانون للمعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى، الإمارات، فقرة (١٧١) ص ١٩٦.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، فقرة ٤١٣، ص ٧٠١.

المطلب الثالث

البواعث المشروعة لعدم التنفيذ

في حالة القوة القاهرة تنقضي إرادة المدين مخصصة لتنفيذ العقد، ويتضح ذلك من قيام المدين بتنفيذ ما يمكن تنفيذه من الالتزام، وإذا كانت الاستحالة جزئية، ويستطرحه إلى حين ارتفاع القوة القاهرة الوقتية ليعود إلى تنفيذ العقد إذا كانت الاستحالة وقتية، أما عدم التنفيذ بسبب باعث مشروع، فهو يبطوي على إرادة تعتمد الإخلال بالتنفيذ دون أن تعتمد الإصرار بالغير بالدرجة الأولى، والباعث على هذا الإخلال هو استعمال المدين حقاً من حقوقه له الأولوية على حق دائنه تجاهه فعله في هذه الحالة، وإن كان في ظاهره خطأ، أي أن العنصر الموضوعي للخطأ يعد محققاً، ولكنه لا يعد خطأ بسبب تحلف العنصر المعنوي للخطأ وذلك أن إرادة المدين وإن اتجهت إلى الإخلال بالتنفيذ طوعاً واختياراً فهي على كل حال ليست إرادة غير مشروعة في نظر المجتمع، لأنها تجد سندها في القانون والعرف، وهذا يمسح المدين الحق في عدم تنفيذ التزامه.

ولكن الإشكالية أنه متى يمكن القول بأن إخلال المدين بتنفيذ التزامه كان عن باعث مشروع لا يؤخذ عليه لأنه حصل النية لم تنشئ إرادته شائنة سوء النية؟.

ولحل هذه الإشكالية نحن بحاجة إلى اتخاذ معيار في هذا الصدد ثم بيان بعض تطبيقات هذا المعيار، لذا نتناول هذا المطلب فرعين نخصص الفرع الأول إلى معيار الباعث المشروع - باعث الرجل المعتاد -، وفي الفرع الثاني إلى تطبيقات الباعث المشروع.

الفرع الأول

معيار الباعث المشروع - باعث الرجل المعتاد

إن باعث المدين المشروع على تعطيل الواجب المقابل لحق الغير هو مباشرة نشاط أولى بالرعاية من حق الدائن وبعبارة أخرى استعمال حق أعلى من حق الدائن ولكن كيف يقدر مشروعية هذا الباعث ، ومتى يتفق مع المدين من أن باعته كان مشروعاً ، وبعبارة أخرى أن الحق الذي استعمله هو حق أعلى فعلاً من حق الدائن المقابل لواجب المدين أو متى يكون لادعاه الشخصي أو اعتقاده بشرعية باعته غير قائم على أساس يقول الأستاذ سليمان مرقس: «لو ترك تقدير الأهمية السببية للحقوق التعاقدية وأثرها على الواجبات المعابلة إلى كل شخص بحسب ميوله واستعداده كان معنى ذلك أن تصبح العلة للأقوى . لذلك كان لا مخلص من إيجاد معيار مادي ثابت يرجع إليه في كل حل لتعيين مدى حقوق وواجبات الأشخاص المتشابهة . ولا سبيل إلى ذلك إلا باتحاد مسلك الرجل المعتاد معياراً مادياً يتعين وفقاً له مدى واجبات الطرفين الذين يقع التصادم بين حقوقهما . فيبصر إلى مسلك الرجل المعتاد في حالة اصطدام حقين ممثلين لحقي طرفي الدعوى دعوى المسؤولية المدنية من حيث تعليله حقه على واجبه المقابل لحق آخر لشخص معين أو العكس ، ويتعين وفقاً لهذا المسلك مدى واجبات المدعى عليه التي كان يلزم مراعاتها في الحالة المعينة التي وقع فيها الفعل الضار^(١) .

أدب يستطيع القول بأن شعور (المدين) الرجل المعتاد واقتناعه بأنه يستعمل حقاً له أعلى من حق الدائن وبالتالي مسئلة الفعل بناءً على شعوره هذا هو المعيار للقول بشرعية الباعث الذي دفع المدين للإحلال بالتزامه بكل باعث يؤدي بالمدين إلى الإحلال بالتزامه إذا كان يقوم في نفس الرجل المعتاد فهو باعث مشروع ، أما إذا كان لا يقوم على مثل هذا الباعث في نفس الرجل المعتاد فهو باعث غير مشروع ، يطبع فعل المدين (خطأه) بالإهمال أو سوء التبصر وسوء التقدير ما لم يعتبر القاصي هذا النوع من الإهمال خطأ جسيماً يلحقه بالعمد في آثاره .

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٠٧، ٢٠٦، ويشير فيه إلى سليمان مرقس، مذكرات في القانون المدني لطلبة قسم الماجستير في القانون في جامعة بغداد ، عام ١٩٦٨-١٩٦٩ مطبوعة بالزيتو، ص ١٢٤ .

الفرع الثاني

تطبيقات الباعث المشروع

لا شك أن للمدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اصحالا لحق يعترف له القانون به، وذلك كما في حالة اصرار العمال عن العمل، فإذا حصل الإصرار على وجه غير مخالف للقانون، فإن باعث العمال على التوقف عن تنفيذ عقد العمل مع رب العمل يعد باعثا مشروعاً يعفيهم من معبة الإخلال الإرادي بتنفيذ عقد العمل، ولكن الإخلال بالتنفيذ لا يستند في كثير من الأحيان إلى حق صريح محدد بالقانون، بل يستند إلى حقوق عامة غير محددة، فمتى يعد الباعث مشروعاً للإخلال بالتنفيذ استناداً إلى هذه الحقوق العامة غير المحددة تشريعياً، تناول تطبيقات ثلاثة للباعث المشروع وفي استجابة المدين للبواعث الوطنية والقومية واستجابة المدين لباعث حفظ الحياة أو سلامة البدن، واستجابة المدين لباعث حماية مصلحة له أكثر قيمة أو أهمية من مصلحة الدائن، هذه البواعث جميعاً تستند شرعيتها من مصلك الرجل المعتاد في أساس الأخرى والتطبيقات أن هي إلا بيان للحدود والكيفيات التي يتحرك خلالها الرجال المعتاد وفي كل حالة على حدة.

أولاً: استجابة المدين للبواعث الوطنية والقومية.

لا خطأ في جانب المدين الذي يتطوع خلال الحرب، للعمل من أجل بلاده لو يسجن من قبل الأعداء بسبب نشاطه الوطني، فلا يعود قادراً على الإيفاء بالتزامه وكذلك الحال مع صاحب المصنع الذي يبرم مع الدولة، خلال الحرب عقوداً جديدة تستغرق كل منتجاته بحيث لا يعود قادراً على إيفاء التزاماته السابقة تجاه الآخرين^(١).

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٠٩، ويشير فيه إلى واکني، المسؤولية، ص ٥٧، ويشير إلى قرار محكمة بروكسل، في ٢١ مايو، ١٩٢٤.

ثانياً: استجابة المدين لباعث حفظ الحياة أو سلامة البدن.

لا يكون الوديع أو المستعير الذي يضطر إلى النصحية بالشيء المودع عنده أو المعار إليه، من أجل إبقاء حياته أو حياة أي إنسان آخر مسؤولاً تجاه الدائن على أساس الخطأ بل على أساس العدالة^(١).

ويحق لقطاع السفينة أن يحجم عن ركوب البحر خلال الحرب، حفظاً لحياته، ويحق للمستأجر أن يترك العقار المأجور في حالة الغزو الأجبي للمطقة التي يوجد فيها العقار المأجور^(٢).

ثالثاً: استجابة المدين لباعث حماية مصلحة له أكثر قيمة أو أهمية من مصلحة الدائن

إذا اضطرت المتعاقد إلى عدم تنفيذ العقد حفظاً لحق مالي له أعلى بكثير من حق الدائن، فإنه يعفى من الالتزام ويلزم فقط بالتعويض على أساس من مبادئ العدالة. وذلك إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (٣٥٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على: "٢ أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوص بقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً".

و الإرهاب يتحقق هنا إذا بلغ حداً يصبح معه من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملاً، أي أن الحادث الاستثنائي يسبب للمدين خسارة فاحشة تبطل جسد الخسارة المألوفة و تتعدها و تتجاوز الحد العادي المألوف الذي قد يتعرض له أي مدين في تعاقد أو إرهاباً بهذا المعنى لا يقدر بمعيار شخصي (ذاتي)، و إنما يجب أن ينظر إليه من ناحية موضوعية .

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٣٧٩.

(٢) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢١١، ويشير فيه إلى قرار المحكمة التجارية في ٢٦ مارس ١٩١٥ بقرار محكمة بروكسل في ٩ شباط ١٩١٥، وإلى قرار محكمة لينينج في ١٢ إبريل ١٩١٥.

وتطبيقاً لهذه النظرية نص القانون المدني في عقد المقاولة على: ١٠- إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة ومقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحده ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد اعلامه بمقدار الزيادة أن يتدخل من العقد مع أدائه قيمة ما أجره المقاول من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة^(١). وهذا النص ينصرف إلى حالة ما إذا رأى رب العمل بعد وضع المقاولة موضع التنفيذ أن من الحير له العدول عنها والرجوع في العقد كأن تكون المقاولة متعلقة ببناء عمارة للاستغلال ثم تصدر قوانين تقيد الأجور فتصبح الصفقة غير رابحة، أو أن يكون رب العمل قد اعتمد على مورد يدفع منها أجر المقاولة فتتخلف هذه الموارد أو تقصر عن دفع الأجر أو في حالة إصابة رب العمل في أثناء تنفيذ المقاولة بحسرة تجعله عاجزاً عن المضي في تمويل المقاولة أو لأي سبب آخر يبدو وجيهاً في نظر رب العمل بحق له التدخل منها^(٢). وهذه تطبيقات خاصة لنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني وتعليل إيجادها قاعدة الحاصر يفيد العام .

ونستطيع أن نفار بين فكرة التعسف في استعمال الحق وفكرة جواز التدخل من الالتزام ففي الوقت الذي لا يجوز فيه للدائن استعمال حقه إذا كثرت المصلحة التي تعود عليه من وراء هذا الاستعمال لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير^(٣) فإن للمدين أن يتدخل من التزامه بما في ذلك من تجاهل لحق الدائن، إذا استجبت له مصلحة ترجح على مصلحة الدائن.

ونظرية العذر في العقد الإسلامي تعد مصدراً خصباً لتزويدنا بأمثلة لحق المدين، في التدخل من العقد، خلافاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند تعرض المدين لصرف مرهق وبشرط ألا يلحق الدائن ضرر جسيم، ونستطيع أن نجد قاعدة فقهية أولية تؤكد هذه النظرية وقد نص عليها قانونا المدني وهي (درء المعاصد أولى من كسب المصافع)^(٤). فإذا كان تنفيذ العقد لا يتم إلا على حساب صرف مرهق بالمدين، فإن في ذلك مقصدة يجب درئها، ذلك أولى من إحداثها بحجة المحافظة على المنفعة التي يحصل عليها الدائن من تنفيذ العقد، كل ذلك بشرط ألا يتلافى المدين ما يصيبه من إرهاق بصرف جسيم بالدائن، وإلا فإن حق الدائن في تنفيذ الالتزام في هذه الحالة

(١) المادة (١/٧٤٩) من القانون المدني الأردني.

(٢) عبد الرزاق السبهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابع، الفقرة ١٣٨، ص ٢٤٢.

(٣) المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني.

(٤) المادة (٦٤) من القانون المدني الأردني.

هو الأولى بالرعاية، فهو يجب بطريقة العذر يجوز للمؤجر الذي يفسخ الإجارة وعذره في ذلك دينه وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم أطلع على عيب فيه، له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب، ونحو أن يفسد المستأجر فيقوم من السوق. ويقول ابن عابدين: "والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو حالة يثبت له حق الفسخ" (١).

وجاء في البدائع: "وعلی هذا إذا استأجر رجلاً لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استأجر رجلاً ليقتصر له ثياباً أو ليقطعها أو ليحيطها أو يهدم داراً له أو يقطع شجراً له أو ليقطع صحرة أو ليفصد، أو ليررع أرضاً أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل ذلك فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على شيء من ذلك.. إذا الإنسان لا يجبر على الإضرار بنفسه.. لا يجبر على تحمل الضرر" (٢).

إن هذه الحالات الواردة في البدائع والمعتبرة من علاقات عقد الإيجار يعتبرها القانون المدني اليوم في عقد المقاولة، وقد سبق أن بينا حق رب العمل في التحلل من المقاولة بحكم القانون المدني اليوم في هذه الأمور لا يختلف عن حكم الفقه الإسلامي كما جاء في البدائع لنفس العلة وإن اختلفت التسميات.

(١) ابن عابدين، حاشيته رد المحتار على الدر المختار، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص ٥٢.
(٢) الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ١٩٨، ١٩٧.

المبحث الثاني

حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي ومدى العناية الواجبة في التنفيذ

لقد أورد المبحث الأول من هذا الفصل (الثاني) للبحث عن واجب المدين تجاه العوائق الخارجية. فذكرنا أن على المدين أن يتحلى بقدر من اليقظة والاهتمام بأن يتوقع كل الحوادث التي تعيق التنفيذ لو تركت وشأنها في سبيل أن يعدّ العدة لتجنبها أو لدفعها أو تقليل مخاطرها. وبينا الأحوال التي يعتبر فيها مقصراً والأحوال التي لا يعتبر فيها كذلك، مع بيان المعايير والصوابط المعتمدة لهذه الأحوال جميعاً. وفي هذا المبحث (الثاني) نكمل البحث في الجانب الثاني لحسن نية المدين، جانب بدله النشاط الذاتي لا للوقوف في وجه العوائق الخارجية وإنما في السعي لتحقيق الهدف المقصود من العقد.

وفي بحثنا عن هذا يحس التمييز بين نوعين من الالتزامات، الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات ببذل عناية، والسبب في ذلك أن هو أن بين نوعي الالتزامات فرقاً كبيراً، إذ بينما العناية واضحة محددة في الالتزامات بتحقيق نتيجة بحيث يمكن الحكم بعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه من مجرد عدم تحقيق النتيجة المتفق على تحقيقها، فإنه في الالتزامات بوسيلة لا يلزم إلا بالقيام بمجموعة من الأعمال والخطوات المؤدية على الأغلب إلى تحقيق هدف معين، وأن عدم تحقق هذا الهدف لا يدل بالضرورة والحتم على تفكير المدين في تنفيذ التزامه، ذلك لأن تحقيق الهدف يتوقف على عوامل خارجية أخرى وليس على مجرد ما يبذله المدين من سعي في هذا الصدد.

مما سبق وللايفاء ببحث حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي وما يتطلبه من عناية واجبة في تنفيذ الالتزامات، سنتحدث في هذا المبحث عن أمرين. الأول هو بيان أن حسن نية المدين في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة إن هو إلا استقاء الخطأ في جانب المدين، الخطأ بمعنومه الأصلي، بعصره المادي والمعنوي، لا بعصره المادي وحده، وفي فكرة المسؤولية الموضوعية في مجال هذه الالتزامات وإحلال فكرة المسؤولية الشخصية محلها الطبيعي في هذا المجال أيضاً، وبالإضافة إلى هذه المعالجة النظرية نعالج أيضاً معيار العناية الواجبة عملياً في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة أحداً بطر الاعتبار حصائص هذا النوع من الالتزام. أما الأمر

الثاني فهو بيان أن حسن نية المدين في الالتزام بعناية هو في تنفيذ هذه الالتزامات بعناية الرجل المعتاد، ولكن عناية الرجل المعتاد عبارة غير محددة، مما هو مضمونها ما هي الظروف التي تعدل هذه العناية بالريادة أو النقصان، ما هي جملة الواجبات المنفردة عنها، وبعبارة أخرى ما هي حقيقة هذه العناية وما معايير تطبيقها في الأحوال والظروف المتغيرة.

ونتناول هذين الأمرين في مطلبين في المطلب الأول نتكلم عن حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة وحسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية في المبحث الثاني.

المطلب الأول

حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة

في الالتزام بتحقيق نتيجة، كالإتزام البائع بنقل ملكية المبيع، يثبت الدائن، وهو هنا المشتري، عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه، فيثبت بذلك في جانب الدائن خطأ عقدياً، لا يستطيع هذا أن يفي به بثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع لأنه ملزم بتحقيق غاية. وليس أمله إلا أن يثبت السبب الاجنبي لنفي علاقة السببية، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسؤولية العقدية متحققة ولا نقول هنا كما يقال عادة، أن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي وقد أثبتته الدائن فليس هو بالخطأ المعروض في جانب المدين بل هو خطأ ثابت^(١).

ويذهب بال رأي أيضاً في موضع آخر للقول: "... فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عسره، أو عن إهماله أو عن فعله، بل أن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالفوة القاهرة، فإن علاقة السببية وهي ركن في المسؤولية العقدية تنعدم ولا تتحقق المسؤولية^(٢).

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الأول، مقالة ٤٢٩، ص ٦٦٠.

(٢) المرجع ذاته، مقالة ٤٢٧، ص ٦٥٦.

بتحليل هذه الآراء، يؤدي الأمر بنا إلى الاستنتاج بأن أسس المسؤولية في الالتزامات بتحقيق نتيجة هو (الضمان) لا (الخطأ)، ولكن الأستاذ السهوري لا يصرح بهذا ويبدو أنه لا يقصده صعباً بل هو أمين على فكرة الخطأ في المسؤولية العقدية ولكنه يعطي للخطأ مفهوماً واسعاً يشمل عدم تنفيذ الالتزام، حتى لو كان السبب هو (فعل المدين المجرد عن الخطأ) أو حتى لو كان عدم التنفيذ (ناشئاً عن سبب أجنبي) وفي الحالة الأخيرة يرى أن القوة القاهرة لا تنفي الخطأ بل هي تنفي ركن الرابطة السببية وبذلك تسقط المسؤولية لاستثناء أحد أركانها.

ولهذا فنود أن نعلم هل من فرق في الطبيعة بين نوعي الالتزامات (الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات بعناية) لرى هل من مبرر لأفراد المدين بالالتزامات بعناية بمعاملة خاصة تجعله في حكم الصامن للغاية من الالتزام؟.

ثم نتساءل هل يصح أن نصفي الخطأ على (فعل المدين المجرد عن الخطأ) وهل يصح أن نرى في عدم التنفيذ (الناشئ عن سبب أجنبي) خطأ، وبعبارة أخرى هل يقوم الخطأ مع وجود القوة القاهرة، أحياناً بالقول بأن القوة القاهرة لا تنفي الخطأ بل تنفي الرابطة السببية وحدها، وجوابنا على هذه التساؤلات هو أن لا مكان للمسؤولية العقدية عن تنفيذ الالتزامات بتحقيق نتيجة، بدون خطأ، الخطأ بمفهومه الأصلي، بعنصريه المعنوي والمادي ولا وجود للخطأ مع القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، وإن بذل العناية اللازمة من المدين سواء حقق النتيجة أو لم يحققها، يعفى المدين من كل مسؤولية، لأن بذلها دليل حاسم على حسن نيته، ولذا قررنا هذا بقى أن نقرر ما هي درجة العناية اللازمة لتحقيق الغاية المتعاقدة عليها، أي عناية متوسطة (عناية الرجل المعتاد) أم هي عناية قصوى (عناية للرجل فوق المعتاد)؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع نتناول في الفرع الأول وحدة طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية، وفي الفرع الثاني نتناول الخطأ بمفهومه الأصلي ركن المسؤولية في الالتزام بتحقيق نتيجة وأخيراً واجب بذل العناية القصوى (عناية الرجل فوق فوق المعتاد) في تنفيذ الالتزامات بعناية في الفرع الثالث.

الفرع الأول

وحدة طبيعة الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بعناية

من الفقهاء من شكك في صحة الأساس الذي بني عليه تقسيم الالتزامات الى نوعيه ومنهم من رأي ان الالتزامات بغاية تقرب ان تكون التزامات بعناية، كما أن ديموج-القائل بطريقة تقسيم الالتزامات وكذلك محكمة الفحص الفرنسية، يؤكدان على دور الهدف (العناية) حتى في الالتزامات بعناية^(١).

وقد هدم النقيض المدني الفرنسي في المادة (١١٣٧) هذه التقسيمات جملة واحدة فقال ان الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنى معاً، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد، فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه^(٢).

ويخلص بعض الباحثين الى أنه ليس صحيحاً إطلاق وصف أو تسمية الالتزام بتحقيق نتيجة-غاية-أو ببذل عناية، على التزام المدين في عقد من العقود، لأنه كما يقول هؤلاء الباحثون، تفرض على المدين بموجب العقد عدة التزامات وقد تختلف هذه الالتزامات من حيث الطبيعة اذ قد يكون البعض منها التزامات بتحقيق نتيجة بينما البعض الآخر التزامات ببذل عناية... ودعم هؤلاء الشراح والباحثين وجهة نظرهم بمثال... هو المحامي الذي يلتزم تجاه موكله بالترافع في الدعوى ومتابعتها فالترامه التزام ببذل عناية ولكنه لو حصر الدعوى لأنه لم يطعن بالحكم خلال المدة القانونية، أو أنه تراجى في اقامة الدعوى حتى مضت المدة المسقطه للحق، أو انه تنازل عن حكم صادر لمصلحة موكله، أو انه لم يقدم الطعن الاستئنافي المطلوب بالحكم القضائي الصادر ضد موكله، فهي جميع هذه الحالات وغيرها يتحول التزام المحامي الى التزام بتحقيق نتيجة^(٣).

(١) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مرجع سابق ص ٢٢٦.

(٢) عبد الرزاق السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة ٢٨١، الهامش الأول، ص ٢٥٦.

(٣) ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، الجزء الاول، المجلد الاول، القسم الثالث، فقرة ٢٩٥، ص ٣٢٠، ويشير فيه الى علي العبيدي شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية برسالة

من كل ما عرناه نرى أن الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمع من أن يتضمن التزاماً
 بعملية، أو يتساوى المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة والمدين في الالتزام بعناية في تعرض كليهما
 إلى ظروف غير متوقعة تجعل من تنفيذ التزامهما أمراً احتمالياً، وبالتالي يحلص إلى أن طبيعة
 كلا نوعي الالتزامين واحدة، وإن هذا التطبيق لا يعني في الواقع أكثر من تدرج العايات، وإن
 القاعدة التي تخضع لها هذه العايات هي القدرة الإنسانية وأنه لا التزام بمستحيل، وإن المسؤولية
 لا تقوم إلا عن الخطأ بعصريه المعنوي والمادي في جميع الالتزامات.

الفرع الثاني

الخطأ بمفهومه الأصل ركن المسؤولية في الالتزام بتحقيق نتيجة

نص القانون المدني الأردني على ما يلي: "إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، انقضى معه الالتزام المقابل له..."^(١)، ويصرف هذا الحكم إلى الالتزامات بصورة عامة، ولكن نص آخر في القانون جاء بما يلي: "إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو ترحي الحبطة في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق للغرض المقصود..."^(٢).

وهذا النص يصرح بأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود، فهناك أدن حالتان من الالتزام، حالة لا يعفى فيها المدين إلا إذا أثبت أن استحالة التنفيذ قد شأت عن سبب أجبي لا يد له فيها، وحالة ثانية يعفى فيها المدين إذا بذل في تنفيذ الالتزام عاية الرجل المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. ولما كان الحكم الأخير يسري على الالتزامات بعاية كما هو ظاهر من سياق النص فإن النص الأول ينصرف إلى الالتزامات بتحقيق نتيجة.

إن لقد حددنا القاعدة التي تحصع لها الالتزامات بتحقيق نتيجة، ولكي ندرك موقع (الخطأ) في نطاق هذه القاعدة الذي بمفهومه الأصل هو أساس المسؤولية العقدية في الالتزامات بتحقيق نتيجة كما في الالتزامات بعاية، وإلى دور حسن النية واحد في كلا نوعي الالتزامات، أثبت أن حسن النية شرط واجب للاعفاء في جميع الالتزامات ولا يجوز احضاع الالتزامات بتحقيق نتيجة إلى قواعد المسؤولية الموضوعية لما في ذلك من إحلال بقاعدة حسن النية في التنفيذ، هذه القاعدة العامة الواجبة الاحترام في ممارسة كل الحقوق والالتزامات ولدراسة هذه المواضيع بقسم هذا الفرع إلى ثلاثة أقسام، ندرس في القسم الأول حاصية التزامات الضمان وفي القسم الثاني عدم استغلال الرابطة السببية عن الخطأ وقواعد الإثبات والمسؤولية من دون خطأ في القسم الثالث.

(١) المادة (٢٤٧) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الأردني.

أولاً: خاصية التزامات الضمان

يقصد بالتزامات الضمان (الالتزام بمنع التعرض وضممان الاستحقاق وضممان العيوب الخفية) في كل العقود بأن مسؤولية الضامن التي تقتضي تسليم الأشياء، وفي هذه الالتزامات لا مخلص من الاعتراف بأن مسؤولية الضامن تقوم في كل الأحوال، إذا لم يف بما ضمنه، وسواء كان يعلم مقدماً بالأسف التي تدعو إلى حصول التعرض أو الاستحقاق الكلي أو الجزئي، أو كان يعلم بالعيوب الخفية في الشيء محل التعاقد أو كان في استطاعته أن يعلم لو بذل جهداً معقولاً أو لم يكن يعلم ولم يكن في مقدوره أن يعلم، فالضمان في هذه الالتزامات يقوم بعص النظر عن خطأ المدين، فهل يعني لنا أمام مسؤولية موضوعية؟ الجواب بالطبع لا.

إن المسألة تتعلق بمسقط وبطام وحياء العقد، فأركان العقد هي التزامي والمحل والسبب، فإذا سقط ركن منها انتفى العقد، ولقد رأى جانب من الفقه أن هناك تلاماً ما بين ركن السبب في العقد والتزامات الضمان والسبب في العقود هو العاية التي يتوحد بها الطرفان عند التعاقد، وهذه العاية لا تختلف في كل العقود التي هي من نوع واحد أو هذا هو السبب الموضوعي والذي يتلزم مع التزامات الضمان بحيث أن تخلف السبب في العقد يبرر قيام التزامات الضمان^(١).

فإذا استحق المبيع في يد المشتري أو ظهرت فيه عيوب خفية عطلته عن الاستعمال المقيد، فإن سبب العقد يكون قد تلاشى مما يؤدي إلى تلاشي وسقوط العرض المعلل للمبيع للمبيع، إن السبب ليس ضرورياً فقط أثناء تكوين العقد بل يجب استمرار وجوده أثناء تنفيذ العقد^(٢). أما إذا قبل المشتري الشيء المبيع على أنه حال ظهر بها فيما بعد فلا يكون العقد محدداً

(١) عدد الجمار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٣٨، ويشير فيه إلى برنارد كروس، مقالة ٧، ص ٧٦، ويشير إلى بيدل، الجزء الحادي عشر، مقالة ١٨٥، وكولاس وكليتيان وجوليودي لامو داند برج، الجزء الثاني، كاييتان، السبب في الالتزامات، الطبعة الثالثة، مقالة ٥٣، ص ٣٣١، اسمان، المقارنة بين أسس المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، المجلة الفصلية، لعام ١٩٣٣، ص ٦٢٧.

(٢) المادة (٤٨٨) من القانون المدني الأردني، التي تنص على: يلتزم فبايع بتسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر... والتي تعني أن التزام البائع بالضمان ينشأ بمجرد انعقاد البيع، لكن حق المشتري بالضمان لا ينشأ إلا بعد حصول التعرض فعلاً، انظر ذلك على العيادي، العقود المصنفة، مرجع سابق، ص ١٠٧.

من حيث الدليل المتقابلين بل عقداً احتمالياً يعلم الدائن مقدماً بأنه يتحمل خطر ظهور المبيع مستحقاً أو معييه والأمر يتوقف بالنسبة له على الخطر والصدفة، فإذا حاب أمله فليس له أن يفاصي المتعاقد بشيء لأن سبب التزامه ليس هو الشيء المبيع بل الصدفة التي قبل الرجوع لها، ولما كانت العروس المتقللة في عقود المعاوضة هي الأسباب الموضوعية فإن مما يؤيد نظرية تلزم الأسباب والتزامات الضمان هو أن مثل هذه الالتزامات لا تقوم في العقود التي تنطوي على أسلاف موضوعية أي على عرص مقابلة، فهي لا تقوم في عقود الترع.

وليست التزامات الضمان هي الالتزامات الوحيدة التي يقوم الجراء عليها في حالة القوة القاهرة، بل للمتعاقد أن يتحمل تبعه القوة القاهرة بالنسبة إلى أي التزام آخر^(١). وفي هذه الحالة فإن مسؤوليته رغم انتفاء الخطأ في جانبه ولم يتدخل القانون في فرض هذه المسؤولية الموضوعية، وهما نجد أثراً من آثار سلطان الإرادة في نظام العقد يعد إلى صميم المسؤولية العقدية فيعدل قواعدها بحيث يكفي للمسؤولية أن تقوم على مجرد عدم التعيذ دون اشتراط الخطأ.

(١) المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني وبمقابلها المادة (١/٢٥٩) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: عدم استقلال الرابطة السببية عن الخطأ

سبق وأن ذكرنا أن الأستاذ السهوري يرى أن الخطأ العقدي يتحقق في الالتزامات بتحقيق نتيجة في جميع الأحوال بمجرد عدم التنفيذ وحتى لو كان عدم التنفيذ ناشئاً عن سبب أجسي ذلك لأن السبب الأجسي لا يعني إلا ركن السببية، فهل يوجد الخطأ مع وجود القوة القاهرة، وهل القوة القاهرة لا تنفي إلا الرابطة السببية؟ وبمعنى آخر هل للرابطة السببية وجود مستقل عن الخطأ بحيث يسمح بافتراس انتفاء المسؤولية بسبب انتفاء الرابطة السببية بين الخطأ والضرر؟.

الخطأ هو الشرط الأساسي للمسؤولية، والترافع في الدعوى المدنية لا يهدف إلى كشف الضرر المادي بقدر ما يهدف إلى اختبار سلوك المدعى لمعرفة ما إذا كان هذا السلوك الذي قام به (المدعى) هو الذي تسبب في وقوع الضرر أم لا، وأن القوة القاهرة هي التي سببت الضرر والقضاء يطر في العلاقة الإنسانية باعتبار هذه المسائل تحض لتقدير المحكمة باعتبارها مسائل موضوعية^(١)، والقانون قد نظم هذه العلاقات وهل هناك وجود للطواهر المادية في العلاقات الإنسانية دور عقول وأفكار وإرادات وشغابات تنبعث عن النفس الإنسانية، والقضاء لن يهدف إلى كشف (الخطأ) في جانب المدعى ولكن أي خطأ؟ هناك خطأ أخلاقي وخطأ قانوني، والخطأ القانوني ما هو في أصله إلا خطأ أخلاقي، ويرفعه المشرع بالنظر لإثره أو لجسامته عن دائرة الأخلاقية إلى دائرة المسؤولية القانونية، فهل يبحث القضاء عن أي خطأ كان أم عن الخطأ القانوني وحده؟ الواقع أن مما يجب أن يتبادر إلى الذهن من كلمة (الخطأ) هو الخطأ المسبب للضرر، إلا لما كان خطأ قانونياً وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، بل كان خطأ أخلاقياً لا يعني القانون بشيء^(٢).

(١) قرار تمييز حقوق رقم ٩٨/٦٥٣ لسنة ١٩٩٨ مجلة نقابة المحامين، ص ٣٦٥٢.

(٢) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مرجع سابق، ص ٢٤٢.

وقد يعي الأستاذ سعد واصف أن تكون الرابطة السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية بقوله: "الرأي عندنا أن اعتبار رابطة السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية هو نوع تحليل وتفصيل وكان يمكن عدم اعتبارها ركناً مستقلاً باعتبار أن السببية يمكن إدماجها في الخطأ باعتبارها وصفاً والوصف يتبع الموصوف وجوداً وعدماً".^(١)

يمكن القول بقيام المسؤولية مع وجود القوة القاهرة، ولا يجوز القول بقيام القوة القاهرة المعفية للمدين إعفاءً كلياً مع وجود الخطأ (لأن القوة القاهرة لا تعد في هذه الحالة سبباً أجنبياً، إذ أن للمدين يد في تعرضه لها)^(٢). فهناك مجال لاشتراك خطأ المدين مع القوة القاهرة في إحداث الضرر، وهنا يسأل المدين مسؤولية جزئية عن الضرر وبقدر خطئه الذي ساهم في إحداث الضرر، ذلك أن القوة القاهرة قد تتعاصر مع الخطأ أو تتبعه، فلا يعفى المدين إعفاءً كلياً، وهذا هو نفس الحال فيما لو ساهم خطأ المدين مع خطأ الدائن في تسبب الضرر للدائن، فإن المسؤولية تورع بين الطرفين، ولكن إعفاء المدين مع ثبوت خطئه أو تصوير عدم تنهيز الالتزام على أنه خطأ بدعوى أن القوة القاهرة تنفي الرابطة السببية وحدها لا الخطأ من أصله فهي دعوى لا تستقيم مع الاحتياط الدقيق لدافع وماهية المسؤولية المدنية.

وأخيراً ولعل القول الفصل أن إثبات السبب الأجنبي لا يدع مجالاً للقول بوجود الخطأ هو ما أورده الأسيوطي عن الالتزام بالنقل، وهو التزام بتحقيق نتيجة، لا قال: "رأينا أن للقول بدفع المسؤولية أما بإثبات السبب الأجنبي (في بعض الأنظمة) أو بما قامه الدليل على انتفاء الخطأ، (في أنظمة أخرى، لأن إثبات انتفاء الخطأ لا يتلّى إلا عن طريق إثبات أن سبب الحادث بالذات أجنبي عن المدين .."^(٣).

(١) سعد واصف، التأمين من المسؤولية، دراسة في عقد النقل، في رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٩٩، وقد أشار إليها عبد الجبار ناجي، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٢) المادة (٢٦٤) من القانون المدني الأردني.

(٣) ثروت الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق، مقالة ٣٣٤، ص ٤٦٦.

ثالثاً: قواعد الإثبات والمسؤولية من دون خطأ

لقد رأينا أن السبب الأجنبي ينفي العلاقة السببية، ولكن المدين في الالتزام بعلية إما أن لا يستطيع إثبات السبب الأجنبي فلا يستطيع نفي الخطأ عن نفسه، وإما أن يعجز عن إثبات السبب الأجنبي بالنظر لعدم كفاية عناصره وبهذه الحالة يسأل لثبوت الخطأ في جانبه، وإما أن يعجز عن إثبات السبب الأجنبي لا لعدم قيامه في الحقيقة بل لفقدان الأدلة على اثباته، ويلحق بهذه الحالة حالة بقاء سبب الضرر مجهولاً، وهما يسأل المدين رغم أنه لم يرتكب في واقع الأمر خطأ. فهل يكفي تحميل المدين بالمسؤولية بسبب قصور وسائل اثباته للسبب الأجنبي وعدم ثبوت الخطأ ثبوتاً يقينياً في جانبه، أم لا؟ بعبارة أخرى، هل يمكن أن الالتزامات بتحقيق نتيجة مسؤولية موضوعية مطابقتها للضرر الحاصل للدائن وليست مسؤولية قائمة على الخطأ بعناصره الأصلية.

فلو رجعنا إلى الأصل التاريخي للمسألة لموجدنا في الحقيقة، أن الباعث على تطلب ثبات القوة القاهرة من المدين لم يكن مجال مجرد اعلاء التوازن بين الدائم المالية، كما هي الغاية في المسؤولية الموضوعية، وإنما حماية الدائن حماية خاصة ضد الأخطار التي يرتكبها المدين بتعزيز المسؤولية^(١).

ومعنى ذلك إمكان دفع المدين للمسؤولية كلما استطاع أن يثبت بصورة جازمة ولكيدة انتفاء الخطأ في جانبه وبعبارة أخرى إثبات حسن نيته.

ويذهب رأي القبول أن الناعث على تحميل المدين عبء إثبات السبب الأجنبي لم يكن إلا حلف مسؤولية مبنية على ضمان أو مسؤولية موضوعية بحال من الأحوال، بل حماية الدائن تعليلاً لاعتبارات العدالة وحملها للمدين على بذل أقصى عناية ممكنة^(٢).

(١) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مرجع سابق ص ٢٤٧.

(٢) نص المادة (٢/٢٣٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني رقم ٩ لسنة ١٩٦١ بصيغته المعدلة بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١، على أنه: "٢- تقضي المحكمة بالنجريم عند ثبوت الفعل وبالتبرئة عند انتفاء الأدلة أو عدم كفايتها...".

من كل ما عرصناه برى أن تطلب القانون من المدين اثبات السبب الأجنبي لم يكن إلا ضرباً من الحرم في قطع دابر الخطأ وضرباً من العدالة لأن المدين أنرى بالذي منعه من تنفيذ التزامه، ولكن ما القول عن المدين الذي لم يستطيع اثبات السبب الأجنبي رغم حصول هذا السبب لأنه عجز عن معرفته أو لم يستطيع العثور على ما يشتبه ويكون عرصه لتحمل المسؤولية شأنه شأن المدين الذي أخطأ فعلاً؟.

إن هذه الحالة وإن كفت بادرة وهي لا تعي أن القانون قصد ترتيب المسؤولية على المدين دون خطأ حقيقي، والقضية لا تتعدى متطلبات الإثبات، هذه المتطلبات التي قد تجعل الإعفاء من نصيب المدين المحطى أيضاً إذا عجز الدائن في الالتزامات بعناية من اثبات خطأ المدين، وكما لا يجوز القول بأن القانون يعفي المجرمين لأن اقلنوا من العقاب لعدم ثبوت الأدلة صدهم.

الفرع الثالث

واجب بذل العناية القصوى عناية الرجل فوق المعتاد في تنفيذ

الالتزامات بتحقيق نتيجة

إن عناية المدين هي حجر الأساس في تنفيذ التزامه، وهي تعني الإرادة الحصة والجهد الذي توصي بسدله فإذا كان الالتزام محددا بنقطة، أي كان التراما بنتيجة واضحة، فإن هذه النتيجة يجب أن تتحقق، ولكن هل يجب عمل المستحيل، كلا من غير الواجب عمل المستحيل، لكن إبداء درجة كافية من العناية تضمن تحقيق النتيجة، وهي أقصى عناية ممكنة، أي تلك العناية التي تفوق عناية الرجل المعتاد، تلك الدرجة من العناية التي لن تحول دون إبدائها أو استمرارها إلا القوة القاهرة وبعبارة أخرى تلك العناية القصوى التي لا يفرص فيها إلا أقصى جهد إنساني ممكن، وليس المفروض في المدين أن يصنع المعجزات.

وقد نص القانون المدني الأردني على مثل هذه العناية التي يكون بدرجة مختلفة^(١) حيث نص على: (على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت بلا اجر)^(٢) وكذلك نص على: (على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة لو صيانتها عناية للشخص العادي بماله)^(٣).

ولو أحدا الناقل كمثل على المدين بالتزام بغاية، فإن القوانين الأردنية والعراقية والمصرية والفرنسية، لا تصرح بمدى العناية المطلوبة منه، أنه مدين بتحقيق النتيجة إلا إذا أثبت السبب الأجسبي، ولكن دول الـ (Common Law) تصرح بمدى العناية تصريحاً، إذ يقول الأسبوتي: في علاقة الناقل بركابه يجب على الناقل أن يبذل قسطاً أكبر من العناية كما يتطلبه النظام القانوني من الفرد العادي، ويلزم الـ (Common Carrier) وفقاً للقواعد العامة ببذل أقصى درجة من العناية للمحافظة على سلامة الراكب^(٤) (بذل أقصى درجة من العناية للمحافظة على سلامة الراكب لا يعني وجوب اتخاذ الوسائل الكفيلة بإزالة جميع المخاطر عن النقل الجوي لأن النظام القانوني

(١) ياسين الجبوري، المبسوط، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق،قرة ٢٨٩ ص ٣١٦.

(٢) المادة (١/٨٤١) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (١/٧٧٠) من القانون المدني الأردني.

(٤) ثروت الأسبوتي، مسؤولية الناقل الجوي، مرجع سابق،قرة ١٠٣ ص ١٤٢.

لا يلزم الأفراد بما هو مستحيل بل فقط بما يعتبر عقداً وتبعاً للطروف في نطاق الممكن. (١) أو (٢). الحلاصة على الناقل أن يندل في تسيير مؤسسته ما يندله الناقل الجوي الحريص (٣).

هذا المدى من العناية (العناية القصوى - عناية الرجل فوق المعتاد) الذي يجب أن يندله كل مدين بالتزام بتحقيق نتيجة، هو الموقف الوسط بين ما يذهب إليه الأستاذ السهوري، الذي يقول أن المدين يسأل (حتى عن فعله المجرد غير الخطأ) وبين ما يذهب إليه الأستاذ مارو من أن تعيد الالتزام بغاية يجب أن يتم (بعناية الرجل المعتاد) (٤).

ويشرح الأستاذ السهوري رأيه بقوله: "... أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات - الالتزامات بعناية - ليس إلا عدم تعيد الالتزام فإذا لم يتعد المدين التزامه العقدي، كان هناك خطأ عقدي في جانبه، أي كانت درجة تقصيره، بل قد لا يكون هناك أي تقصير في جانبه، فقد يكون متعمداً إلا بعد التزامه، وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً، وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً..." (٥).

نحن نتفق مع الأستاذ السهوري في أن المدين بالتزام بتحقيق نتيجة يكون مسؤولاً عن أي تقصير من جانبه سواء كان تقصيراً متعمداً، أو غير متعمد جسيماً أو يسيراً أو تافهاً (خطأ معترض) ولكننا لا نتفق معه في أن المدين يعد مخطئاً حتى لو لم يكن مقصراً، كما أننا لا نتفق مع ما أورده عبد الجبار باجي في رسالته الذي نقله عن الأستاذ ملزو في أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد، ذلك أن المدين عندما يلتزم بتحقيق أمر معين، فإن السلوك المتبصر الذي يجب أن يتحلى به كل فرد يعرض عليه الالتزام بتحقيق ذلك الأمر إذا لم يكن واثقاً من قدرته على القيام به، إن الثقة التي يجب أن تسود العلاقات بين الأفراد تجعل الطرف الآخر ينتظر تنفيذ المدين لما وعد بتحقيقه، معض النظر عن الصعوبات التي تواجهه، لأن هذه الصعوبات هي من شؤونه الخاصة، وقد قدر أن في إمكانه رغم هذه الصعوبات وحتى إذا تطلب الأمر جهداً فوق الجهد المعتاد أن يحقق ما وعد به.

(١) ثروت الاسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي، مقالة ١٢٤ ص ١٦٩.

(٢) لمراجع ذاته، ص ١٧٢.

(٣) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٥٨، يشير إلى

مارو (الأخوان) وتونك، المسؤولية، الجزء الأول، المقالة ٦٦٩، ص ٧٤٣.

(٤) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، مرجع سابق، مقالة ٤٣، ص ٦٦٣.

فيمكن القول بأن هناك إرادة ضمنية مشتركة توجب تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة، مهما تطلب هذا التنفيذ من جهد في نطاق الجهد الإنساني الممكن، سيما الحال يختلف في الالتزامات ببذل عناية ذلك أن الظروف التي تحيط بتنفيذ هذه الالتزامات والمعلومة من الطرفين تجعل في الإمكان القول بأن الإرادة المشتركة الضمنية توجهت إلى تحديد العناية المطلوبة من المدين بعناية الرجل المعتاد ولا تنفيذ هذا النوع من الالتزامات يخضع لصريح الحكم القانوني الذي يتطلب أن يتم تنفيذه بعناية الرجل المعتاد^(١).

كما أن القول بوجود بذل العناية القصوى لا ينصرف إلى جميع الالتزامات بتحقيق نتيجة: فيجب ملاحظة ما إذا كان الالتزام بعوض أم مجاباً كما يجب ملاحظة ما إذا كان الطرفان قد اتفقا صراحة أو ضمناً على الزول عن العناية القصوى فإذا كان العقد من عقود التبرع، أو إذا توفرت الإرادة المشتركة على الزول عن العناية القصوى كما في حالة اشتراط المدين اعفاءه من المسؤولية^(٢) فإن بذل المدين لعناية الرجل المعتاد يكفي لاعفاءه من المسؤولية.

ومن مظاهر التخفيف من عناية المدين في حالة التبرع ما شرع في عقد الإعارة (العارية) من أن المعير لا يضمن العيوب الخفية في الشيء المعار والتي بجهلها، إلا إذا كانت بعوض حسب نص القانون المدني الأردني على: (١- إذا استحققت العارية في يد المستعير فلا ضمان على المعير، إلا إذا اتفق على غير ذلك أو إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق، ٢- ولا يضمن أيضاً العيوب الخفية إلا إذا تعدد إخفاء العيب أو ضمن سلامة الشيء من العيب، ٣- المعير يكون مسؤولاً عن كل ضرر يلحق بالمستعير من جراء هذا الاستحقاق)^(٣) وقد فعل المشرع الأردني نفس الشيء في عقد الهبة لا نص: (لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب في يد الموهوب له... ولكنه يكون مسؤولاً عن كل ضرر يلحق بالموهوب له من جراء هذا الاستحقاق إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق)^(٤) ويرى المشرع الأردني أيضاً أن عقد العارية لا يتم إلا بالقض^(٥).

(١) المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) المواد (١/٣٥٨) و (٤/٥١٤) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٧٦٨) من القانون المدني الأردني، وتعاينها المادة (٨٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (٥٦٨) من القانون المدني الأردني، وبمقتضى المعنى المادة (٦١٦) من القانون المدني العراقي.

(٥) المادة (٧٦١) من القانون المدني الأردني، وبمقتضى المادة (٨٤٧) من القانون المدني العراقي.

إن القول بأن الالتزامات بتحقيق نتيجة يجب أن تعد بعناية قصوى يعني بأن المدين وحسب مفهوم نظرية تدرج الخطأ الفرنسية، يجب أن ينزل عناية الرجل الحريص^(١) (وهو الذي يسأل حتى عن الخطأ النافه بخلاف الرجل المعتاد الذي لا يسأل إلا عن الخطأ اليسير)، ولكن واجبات الرجل الحريص لا تختلف في شيء عن واجبات الرجل المعتاد التي سنتناولها في المطلب الثاني من هذا المبحث، ولكن الفارق يتجلى في أن القضاء أكثر ميلاً لقبول الخطأ في جانب المدين الذي يطلب منه عناية الرجل الحريص مما هو عليه بالنسبة إلى المدين الذي يطلب منه عناية الرجل المعتاد، وهذا ما يعبر عنه بالقول بأن (دائرة خطأ الرجل الحريص أوسع من دائرة الرجل المعتاد)^(٢).

ويرى الأستاذ السهوري: "أن البائع إذا بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المبيع يكون قد وفى بالتزامه". إن هذا القول يتعارض مع ما يراه الأستاذ السهوري بشأن مسؤولية المدين بعناية إذ يرى، وكما بينا: "إن هذا المدين يسأل حتى عن خطئه النافه"، ولكنه يضيف بأن المبيع إذا هلك رغم بذل البائع لعناية الرجل المعتاد في المحافظة عليه فإن البائع في هذه الحالة يتحمل تبعه الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم.

إن مسألة تحمل البائع لتبعه الهلاك أو التلف قبل التسليم أمر مفروغ منه سواء بذل عناية الرجل المعتاد أو عناية الرجل الحريص في حفظ المبيع، ذلك أن تحمل البائع لهذه التبعة يجد سنده في القانون المصري فيما نص عليه من أنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام سبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له...) ^(٣) وهذا يعني أن البائع لا يستحق الثمن لأن التزامه بالتسليم قد استقضى سبب استحالة تنفيذه، أي أن البائع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، ويجد سنده في القانون المدني الأردني فيما نص عليه: (إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد تسلمه لزمه أداء الثمن المسمى للبائع وإذا هلك قبل التسليم بسبب لا يد للمشتري فيه يكون مضموماً على البائع)^(٤). ولكن الأمر يحتاج إلى بيان هو ما إذا كان الدائن يستحق تعويضاً عن الأضرار التي

(١) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، مرجع سابق، صفحة ٢٨١، ص ٢٥٥، وتقصّد بالرجل الحريص الرجل الشديد الحرص بالمقابل مع الرجل المعتاد والذي يقال عنه عادة الرجل المتوسط الحرص.

(٢) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٣) المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري.

(٤) المادة (٤٧٢) من القانون المدني الأردني، وبديلها المادة (١٧٩) من القانون المدني العراقي.

تلقفه من جراء عدم استطاعة المدين تنفيذ التزامه بسبب تلف الشيء اذا كان التلف ناجماً عن
 بطله عناية الرجل المعتاد، بينما لم يكن الشيء ليتلف لو كان المدين قد بذل عناية الرجل
 الحريص، نحن نرى ان خطأ المدين ثابت في هذه الحالة ويستحق منه الدائن تعويضاً عما لحقه
 من الأضرار، أما رأي الأستاذ السهوري فالظاهر أنه لا يؤدي إلى هذه النتيجة.

المطلب الثاني

حسن النية والعناية الواجبة في تنفيذ الالتزامات بعناية

عرض القانون المدني الأردني للالتزامات بعناية بنصه الآتي: (١- إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدائه أو ترحي الحيلة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك)^(١).

ومن هذا النص يمكن أن نستنتج بأن صور الالتزامات بعمل هي ثلاث:

- ١- عندما يلتزم المدين بالمحافظة على شيء كالتزام المستأجر أو المودع عنده.
- ٢- عندما يلتزم المدين بتقديم خدمة كالوكيل والعامل والخادم.
- ٣- عندما يكون العرض من العقد غير مؤكد الحصول عليه بسبب ما فيه من احتمال كالتزام الطبيب والمحامي^(٢).

من المألوف القول بأن الالتزامات بعناية يجب أن تعد بعناية الرجل المعتاد ولكن ما مدى صحة هذا الإطلاق؟.

إن إمكان النظر في نص المادة (٣٥٨) ثم الرجوع إلى العقود التي نظمها القانون والتي يؤدي فيها المدين التزامه مجانباً يكشف لنا عناية الرجل المعتاد وليست هي القاعدة المطلقة في تنفيذ الالتزامات بعناية، فقد يقتضي القانون أولاً وقد تقتضي إرادة المتعاقدين ثانياً، عناية أشد أو أخف من عناية الرجل المعتاد.

فلا مناص أن من الاعتراف بتدرج العنايات، والقول بتدرج العنايات يجر إلى القول بتدرج الأخطاء، وبطريقة تدرج العنايات والأخطاء كانت بطريقة سائدة في الفقه الفرنسي

(١) المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الأردني، وتقابلها المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي والمادة (٢١٢) من القانون المدني السوري والمادة (٢١١) من القانون المدني المصري.

(٢) احمد حشمت ابو سنيث، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٥، صفحة ٣٥٥، ص ٣٢٧.

القديم، ولكن واصموا القانون الفرنسي أشاروا إلى الآخرين بأنهم بدؤوا هذه النظرية مما هو الموقف الحالي بالنسبة إلى تطبيق هذه النظرية وما هي مرتكزاتها الاجتماعية؟.

إن نظرية تدرج الأخطاء لا يمكن الاستغناء عنها طالما تنوعت العايات المطلوبة، طالما كانت العدالة والأخلاق تختلف في عناية المدين بحسب ما إذا كان متبرعا أو معلوضا أو متفصلا عليه. ولقد اقترنت نظرية تدرج الأخطاء بموقف المدين، فالمدين المتبرع يسأل عن الخطأ التافه وحده، والمدين المعاوض يسأل عن الخطأ اليسير بالإضافة إلى الخطأ التافه، والمدين المتفصل عليه فلا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم، بموجب موقف المدين كان يكفي للبائع وهو معلوض أن يبدي عناية الرجل المعتاد^(١). ولكننا نرى أن الفكرة الحديثة في تقسيم الالتزامات بتحقيق نتيجة (الالتزامات محددة) وإلى التزامات بعناية (الالتزامات بوسيلة)، هي التي يجب أن تقتصر في ظل القوانين الحديثة بنظرية تدرج الخطأ والالتزامات بتحقيق نتيجة يجب أن تعد دائما بعناية الرجل الحريص أي بعناية قصوى، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين وما لم ينص القانون بخلاف ذلك، فالبائع في هذه الحالة وهو مدين بتعهد التزام بتحقيق نتيجة يجب أن يؤدي التزامه بعناية قصوى لا بالعناية المعتادة التي كان يكفي بها في القانون الفرنسي القديم وعناية المدين بعناية سواء كلفت عناية قصوى أو دونهما تنصرف إلى الالتزامات الثانوية لا إلى الالتزام الرئيسي المجرد بلدا فإن خير موضوع لدراسة تنويع العايات هي الالتزامات بعناية إذ العناية ذاتها هي الهدف والأساس دائما وهما ينظر إلى موقف المدين هل هو متبرع أو معاوض أو متفصل عليه ليكون عليه بدل عناية حذيفة أو وسطى أو بالغة، ولا يغير من ذلك شيء إلا سلطات إرادة المتعاقدين باتفاقهما على تعديل هذه الحدود الأصلية بحدود أخرى تبعا لمشيئتهما.

فالالتزامات بعمل (و لأن نوعية العمل يمكن أن تتفاوت) ترتبط بنظرية تدرج الأخطاء ارتباطا وثيقا تحتمه الأخلاق والعدالة وسوف ندرس هذه النظرية بأثرها الحالية في القانون، وأساسها الاجتماعي وما تؤدي إليه من سببية فكرة الخطأ.

ثم نسأل لبحث عناية الرجل المعتاد بالذات، لنكشف أن فكرة الرجل المعتاد هي فكرة أخلاقية، لأن الرجل المعتاد هو ذلك الرجل المعتزم بالأخلاق والأعراف والعادات السائدة

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوحي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٨١، ٣٥٥-٢٥٦.

ولنكشف أن هذه العناية تتفاوت تبعاً لتعبير الظروف المحيطة بالرجل المعتاد التي قد تضطره إلى بدل مزيد من العناية أو تسمح له بالبرول عن العناية المعتادة، وأخيراً لا بد من بيان عناصر هذه العناية وبعبارة أخرى بيان الواجبات العامة الملقاة على عاتقه في تنفيذ التزامه، هذه الواجبات التي هي في واقع الأمر ليست سوى الجانب التطبيقي للمبادئ الأخلاقية التي يؤمن بها الرجل المعتاد ولهذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تدرج العنايةات وتدرج الأخطاء وفي الفرع الثاني مفهوم عناية الرجل المعتاد.

الفرع الأول

تدرج العنايةات وتدرج الأخطاء

لقد وجدت نظرية تدرج العنايةات وتدرج الأخطاء في فرنسا قبل تقسيم بابليون وقد اوحى هذا التقنين بأنه تخلى عن هذه النظرية، فهل تخلى عنها تماماً؟.

النظرة الفاحصة فيها تجيبنا بالنفي. فإذا انتقلنا إلى القنن المصري فإبنا نرى جنود هذه النظرية فيما كتب الأستاذ السدهوري عن شرح أسباب تفاوت العنايةات فيما جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المصري والذي سوف نتعرض له فيما بعد.

وإذا كان القانون الفرنسي رعم ما تظاهر به من هجر هذه النظرية لم يهجرها في الحقيقة هجراً كلياً وكذلك لم تفعل القوانين الحديثة، وإن كانت قد قصرت تطبيقها على الالتزامات بعناية، هما هو السر الذي مكبها (النظرية) من الثبات والاستمرار؟ الجواب يكمن في أن هذه النظرية هي من صنع الأخلاق. فالأخلاق تقتضي تنويع العنايةات تبعاً لما إذا كان المدين بالتزام بعناية متبرعا في تنفيذ التزامه أو معارصاً أو متفضلاً عليه. فما وقع هذه الحقيقة على نظام المسؤولية العقدية؟ الجواب هو أن وقع هذه الحقيقة يتجلى في فكرة سببية الخطأ، فالفعل الواحد يكون أو لا يكون خطأ تبعاً لمقدار العناية المطلوبة من المدين، وهذا يتيح إلى حد بعيد تفهم حقيقة فكرة الخطأ وإمكان قياسه بمؤشرات العناية المطلوبة. وهذا بدوره الجواب على السؤال المهم الذي نعي به في رسالتنا وهو متى يعد المدين حسن النية ومتى لا يعد؟.

وسوف نتناول هذه الأفكار العامة بالتحليل والتفصيل في أقسام ثلاثة نتناول في القسم الأول أثر النظرية القديمة في تدرج الأخطاء في القوانين الحديثة وفي القسم الثاني تدرج العنايات ضرورة أخلاقية لا مجال للاستغناء عنها، والخطأ فكرة نسبية في القسم الثالث.

أولاً: أثر النظرية القديمة في تدرج الأخطاء في القوانين الحديثة

نتناول أثر هذه النظرية في القانون الفرنسي الحالي لنوضح بأن الرأي المدقق يظهر تأثير القانون الفرنسي بنظرية تدرج الأخطاء تأثيراً قوياً كما نتناول تأثير القانون المصري بهذه النظرية باستنتاجنا هذا التأثير من تعليقات الأستاذ السنهاوري في العنايات المطلوبة من بعض المديين وكذلك مما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المصري، ونخلص من ذلك إلى أن القانون المدني الأردني أخذ بهذه النظرية كذلك إلى جانب شقيقه المصري لأن ما يذكر من تعليقات عن القانون المصري يصدق أيضاً بالنسبة للقانون الأردني فيما ورد فيه منصوص مطابقة أو مشابهة للنصوص المصرية سمحت بعناية أكثر أو أقل من عناية الرجل المعتاد في حالة ما إذا كان المدين بالتزام بعناية متبرعا كالوكيل والوديع غير المأجورين أو متفضلاً عليه كالمستعير، وإن قيمة النظرية تكمن في كونها تصلح في توجيه المشرع والقاضي على حد سواء في تقديم الحلول العادلة تبعاً لمدى مصلحة المدين في التزامه بالعناية.

أ- في القانون الفرنسي الحديث:

كان القانون الفرنسي القديم يفرض على المدين عناية متدرجة تبعاً لازدياد مصلحته في أداء الالتزام، فهناك التزامات لا توجد له أية مصلحة في أدائها فلم يكن يسأل بشأنها إلا عن خطأه الجسيم، وهناك التزامات توجد مصلحة مشتركة للطرفين في أدائها فلا يسأل عن خطئه البسيط، أما إذا كان أداء الالتزام يتمخض مصلحة صرفة تعود عليه فعندئذ يكون مسؤولاً حتى عن خطأه الناقص^(١).

(١) عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٧١-٢٧٢، يشير فيه إلى رو ديبيير، الخطأ العادي في العقود، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي، ١٩٥٦، مقالة ٢، ص ٢٠٢.

ولهذا فقد كان هذا النظام من المسؤولية يطبق على كافة العقود سواء تضمنت التزامات بتحقيق نتيجة، أم التزامات بعناية، فعقد البيع وإن كان يتضمن التزامات بنجاة، إلا أنه بصفته عقد معلومة، فإن البائع كان لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم أو اليسير بينما كان يعفى عن خطأه التافه.

ولكن القانون المدني الفرنسي الحديث نص في المادة (١١٣٧) من أن المحافظة على الشيء تتطلب عناية الرجل المعتاد سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد الطرفين أو كليهما، فكان هذا النص مدعاة للقول بأن القانون الفرنسي الحديث قضى على نظرية تدرج الخطأ، وإن هذه النظرية لم يعد لها محل حتى في التزامات العناية^(١).

ولكن هل تحلى القانون الفرنسي حقاً عن نظرية تدرج الأخطاء؟ إن دوماً هو الذي رسم الخطوط الرئيسية لنظرية تدرج الأخطاء إلا أن بوتيه هو الذي بسطها بوضوح^(٢) وأجد فواربييه يؤكد بصورة قاطعة أخذ القانون المدني الفرنسي بنظرية تدرج العدايات وتدرج الأخطاء بقوله في معرض مسؤولية المهنيين عن الخطأ الجسيم: "أن هذه الفكرة من شأنها أن تصحح خطأ شائعاً كانت نعم معه الحقيقة ذلك أنه قيل أن القانون المدني قضى على نظرية تدرج الخطأ وأجاز فقط التدرج في مدى الالتزامات التي تفرض على المدين ولكن كيف يعمل الرابطة بين جسامه الخطأ ومدى الالتزام الواقع على المدين، الواقع أنه لتحديد درجة الخطأ يجب أن يحدد ابتداء مدى التزام المدين فكما رادت العناية المطلوبة منه كلما سهل اعتبار أي خطأ منه من قبيل الخطأ الجسيم"^(٣).

ب- في القانونين المصري والأردني:

يرجع السهوري وبصراحة تفاوت العدايات المطلوبة من المدين في الالتزام بعناية إلى فكرة مصلحة المدين، والقانون قد يطلب من المدين عناية أعلى من عناية الرجل المعتاد تبعاً

(١) عبد الرزاق السهوري، الوجيز مرجع سابق، فقرة ٢٨١، ص ٢٥٦، هامش (١) وانظر أيضاً سوري خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) عبد الرزاق السهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الأول، فقرة (٤٣٠)، ص ٦٦٢.

(٣) حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق، ص ١٥٤، ويشير فيها إلى فواربييه في رسالته [الخطأ الجسيم في القانون الفرنسي الحاضر]، عام ١٩٣٤، ص ٤٤٠.

لمصلحة المدين. وفي ذلك يقول: "وقد رأينا-المشرع-يطبق هذه النظرية-ويقصد بنظرية معيار الحظا العقدي أي وجوب بدل عناية الرجل المعتاد في الإيجار بعد أن لاحظ أنه (في مصلحة المتعاقدين معا) ففرض بأنه يجب على المستأجر أن يبدل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبدل (الشخص المعتاد) ورأينا يطبقها في العارية بعد أن لاحظ أنها (في مصلحة المستعير دون المعير) ففرض بأنه يجب على المستعير أن يبدل في المحافظة على الشيء (العناية التي يبدلها في المحافظة على ماله دون أن يبدل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد) م ٦٤١/مصري-وسراه يطبقها في الوديعة بعد أن لاحظ أنها (في مصلحة المودع دون المودع عنه إذا كانت غير مأجورة) (في مصلحة المتعاقدين معا إذا كانت مأجورة) ففرض بأنه يجب على المودع عنه أن يبدل من العناية في حفظ الشيء (ما يبدله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أريد من عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة غير مأجورة) وأن يبدل عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوديعة مأجورة المادة ٧٢٠ مصري-رها نحن الآن نراه يطبقها في الوكالة فيميز كما مير في الوديعة بين ما (إذا كانت الوكالة بعير أجر فتكون في مصلحة الموكل دون الوكيل) ويكون الوكيل مسؤولا عن العناية التي يبدلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أريد من عناية الرجل المعتاد، أو كانت الوكالة بأجر فتكون في مصلحة المتعاقدين معا ويكون الوكيل مسؤولا عن عناية الرجل المعتاد^(١).

إن نص المادة ٦٤١ مصري-الذي أوجب على المستعير أن يبدل في المحافظة على الشيء العناية التي يبدلها في المحافظة على ماله دون أن يبدل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد يتسع لتحميل المستعير عناية تفوق عناية الرجل المعتاد، ذلك إذا كان المستعير قد اعتاد في المحافظة على ماله بدل عناية تفوق عناية الرجل المعتاد^(٢)، إلا أن القانون، وبعد في القانون المدني الأردني ما يؤكد هذا القول حيث نص على: (١- على المستعير أن يعتني بحفظ العين المستعارة أو صيانتها عناية للشخص العادي بماله)^(٣).

(١) عبد الرزاق السهور، الوسيط، المرجع السابق، الجزء السابع، القسم الأول، فقرة ٢٥١، ص ٤٦١.

(٢) المرجع ذاته، الجزء السادس، فقرة ٨٥٨، ص ١٥٤٢.

(٣) المادة (١/٧٧٠) من القانون المدني الأردني.

كما أن نص المادة-٧٢٠ مصري-الذي لا يفرض على المودع عبده، غير المأجور إلا العناية التي يبذلها في حفظ ماله دور أن يكلف في ذلك أريد من عناية الرجل المعتاد، معناه، أن المودع عبده إذا كان من النوع شديد الحرص في حفظ ماله فإن الفتور لا يطلب إليه إلا درجة أقل من العناية وهي عناية الرجل المعتاد. أما إذا كانت عناية بحفظ ماله لا تقل عن عناية الرجل المعتاد فيكتفي منه بهذه العناية القليلة^(١)، وكذلك الحكم في حالة الوكيل غير المأجور^(٢).

وقد نص القانون المدني الأردني في آثار عقد الإيداع على أنه: (١- يجب على المودع لديه أن يعتني بحفظ للوديعة عناية الشخص العادي بحفظ ماله...) (٣).

وهنا أيضاً لا يرى مانعاً من أن يساوي القصاص للوديعة غير المأجور بإلزامه بالعناية التي يبذلها في حفظ ماله دور أن يكلف بعناية تزيد على عناية الرجل المعتاد.

ولكن القانون الأردني كان صريحاً في التحفيف عن كاهل الوكيل غير المأجور عندما نص: (١- على الوكيل أن يبذل في تنفيذ ما وكل به العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة إذا كانت الوكالة بلا أجر)^(٤)، وقد وردت صراحة مماثلة في إدارة عقد الشركة إذ نص القانون على: (١- يلزم الشريك الذي له حق تدبير مصالح الشركة أن يبذل في سبيل ذلك من العناية ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة إلا إذا كان مستعداً للعمل بأجر فلا يجوز له أن يبذل عن عناية الرجل المعتاد)^(٥).

وهذا يعني بأن للشريك في أن يبذل في تدبير مصالح الشركة العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، أي يكتفي بعنيته التي هي أقل من عناية الرجل المعتاد إذا كان قد اعتاد بذلها في شؤونه الخاصة، ولكنه متى أصبح مأجوراً فإن عنيته يجب أن ترتفع إلى عناية الرجل

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص ٢٥٠.

(٢) المرجع ذاته، الجزء الخامس، ص ٢٠٧.

(٣) المادة (١/٨٧٣) من القانون المدني الأردني، يوافقها المادة (٩٥٢) من القانون المدني العراقي.

(٤) المادة (١/٨٤١) من القانون المدني الأردني، يوافقها المادة (٩٣٤) من القانون المدني العراقي.

(٥) المادة (١/٥٩٧) من القانون المدني الأردني، يوافقها المادة (٦٤١) من القانون المدني العراقي.

المعتاد. إن الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري قد حرصت باستلهاهما واقعة تبرع المعير للمستعير في فرض أحكام استثنائية على المستعير بقولها: (...بل يفرض عليه المشرع، مقابل تبرع المعير أن يؤثر انقضاء مال المعير على مال نفسه)^(١)، وقد عقب الأستاذ السهوري على هذا الحكم بقوله: «أراد القانون التشدد في مسؤولية المستعير لأن العارية متحصنة تبرعاً له»^(٢)، وقد فعل المشرع الأردني نفس ما فعله المشرع المصري بما نص عليه: (٢-٢-٢) «إذا قصر في دفع ضرر عن العارية وكان يستطيع دفعه كان ملزماً بالصمان»^(٣).

مما سبق نرى أن بطريقة تدرج الخطأ لا زالت آثارها الجزئية قلقة في القوانين الحديثة في نطاق الالتزامات بعناية وبصورة ملموسة، والنظرية الحديثة التي لم تأخذ بنظرية تدرج الخطأ في نطاق الالتزامات بصورة مطلقة، بل أخذت بها بصورة جزئية، بحيث ألزمت المدين الذي نقل عيأته عن عناية الرجل المعتاد على بدل عناية الرجل المعتاد، إذا كان متبرعاً له، وسمحت للمدين الذي تريد عيأته على عناية الرجل المعتاد بالنزول في عيأته إلى عناية الرجل المعتاد إذا كان متبرعاً.

فالنظرية الحديثة في العناية هي ثمرة تطوير نظرية تدرج الخطأ ذات الأصل الموضوعي في تقسيم العنايات والمزج بينهما وبين نظرية المسؤولية القائمة على العناية الشخصية، وهذه النظرية الحديثة للعناية، وكما تعبر عنها الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري تتمشى مع (التطور الحديث للمسؤولية)^(٤).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مرجع سابق، الجزء الرابع، ص ٩٨٢.

(٢) المرجع ذاته، الجزء الخامس، ص ٢٠٧.

(٣) المادة (٢/٧٧٠) من القانون المدني الأردني.

(٤) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مرجع سابق، الجزء الخامس، ص ٢٠٧.

ثانياً: تدرج الغايات ضرورة أخلاقية لا مجال للاستغناء عنها

لا يمكن التشبث بالقديم لأنه قديم فحسب، بل القديم الذي يمكن التشبث به هو ما يتفق مع طبيعة الأشياء ومع المنطق والعدل وتعبير أعم مع متطلبات الحياة الاجتماعية (الأخلاق) في التعامل بين الأفراد، وهكذا رأينا أن عناصر هامة ومبادئ رئيسية من نظرية تدرج الاحطاء لا زالت معمولاً بها وهي تستقر بهدوء في كثير من النصوص والاحكام، بينما جرى القول على أن هذه النظرية قد أصبحت مهجورة ومن تراث الماضي، ولم تعد تنفع بشيء والواقع كما رأينا غير ذلك.

ثالثاً: الخطأ فكرة نسبية

إن من واجب المدين تحاشي أي خطأ في تنفيذ التزامه، سواء كان خطأ عمداً أو خطأ إهمال أو الترام المدين بهذا الواجب يسف عليه صفة حسن النية، وبعد أن عرصدنا ارتباط الخطأ بالمدى الواجب من العناية، نستطيع أن نقول بأن حسن نية المدين هو بدل تلك الدرجة من العناية التي يتطلبها الاتفاق أو القانون أو القضاء، فإذا خرج عن درجة العناية المطلوبة يكون قد أخل بمبدأ حسن النية. إن العناية تتفاوت بحسب درجتها فإن الترك الذي يعتبر خطأ تبعاً لدرجة معينة من العناية المطلوبة من المدين لا تعتبر كذلك تبعاً لدرجة أخرى من العناية المطلوبة من المدين وهذا التحديد يتم بالاستعانة بالصوابط التالية: (١) إرادة المتعاقدين في الالتزام بعمل يكفي أداء العمل بعناية الرجل المعتاد كما يصرح القانون بذلك ولكن يجوز للمتعاقد أن يتفق بأن يؤدي المدين العمل بالعناية التي اتفق مع الدائن عليها^(١).

هذه العناية التي قد تكون أعلى أو أدنى من عناية الرجل المعتاد. ولكن يجب ملاحظة أن ليس للمتعاقد أن يحدد درجة العناية المطلوبة بدرجة تقل من الدرجة المطلوبة والتي تعتبر من

(١) المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الأردني.

النظام العام والتي يتدرج تحتها العش أو الخطأ الجسيم^(١)، ٢- إذا لم توجد إرادة صريحة فيجب الرجوع إلى نصوص القانون والتي تعتبر مفسره لإرادة المتعاقدين وقد رأينا أن المشرع قد وضع بعض النصوص المفسرة لإرادة المتعاقدين في تحديد مدى العناية المطلوبة من المدين^(٢)، ٣- وعند عدم وجود إرادة صريحة للمتعاقد وفي غياب النصوص المفسرة فلا يبقى إلا اللجوء إلى القاعدة العامة في خصوص لاء الالتزام بعمل التي توجب لاء الالتزام بعمل بعناية الرجل المعتاد، والتطبيق العملي لهذه القاعدة والذي يرينا بوضوح كيف يتفاوت معنى الخطأ وكيف أن الخطأ فكرة نسبية يقاس تبعاً للعناية الواجبة وهذا في حالة أخطاء الإهمال أما الأخطاء العمدية فهي ثابتة ومعيارها ثبت هو معيار نية الإصرار بالطرف الآخر. ومن التطبيق العملي، الذي يبرز تفاوت معنى الخطأ بتفاوت العناية، يعتبر الوكيل ببعض دين مخطئاً، لا كان مأجوراً، وتهاون في قنص الدين حتى تقضى بالتقادم، بينما لا يعتبر مخطئاً في حالة كونه غير مأجور إذا تهاون حتى انقضى الدين بالتقادم وكان سبب تهاونه قصوره الشخصي عن إدراك معنى انقضاء الدين بالتقادم^(٣)، ويعتبر مخطئاً إذا كان موكله في شراء منزل فاشترى منزلاً فيه عيوب ظاهرة لا تحفى على الشخص العادي، فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تحفى عليه شخصياً لم يكن مخطئاً^(٤).

وبموجب أحكام القانون المدني المصري، وفي عقد الوديعة، إذا اضطرت المودعة عنده أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها صرقت، فإن كثرت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسؤولاً إذا كانت الوديعة بأجر محتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت ماله الخاص، أما إذا كانت الوديعة بعير أجر وأثبت ذلك، فإنه لا يكون مسؤولاً^(٥).

(١) المادة (٢/٣٥٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) للمواد (١/٨٧٣) و (١/٨٤١) و (١/٥٩٧) من القانون المدني الأردني، ومقابلها المواد (٦٤١) و (٧٣٠) من القانون المدني المصري و (٢/٦٤١) و (١/٩٣٤) من القانون العراقي.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابق، القسم الأول، فقرة ٢٥٣، ص ٤٦٥، ويشير فيه إلى بودري وقال -المطول العملي والبطري في القانون المدني، فقرة ٦٠١، ص ٣١٧.

(٤) بودري وقال فقرة ٦٠٣، أشار إليه في الوسيط أعلاه نفس الفقرة والصفحة أيضاً.

(٥) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابع، القسم الأول، فقرة ٣٥٦، ص ٧٠٦.

وهذا الحكم يتسجم مع حكم القانون المدني المصري الذي يثمد في مسؤولية المودع عنه. المأجور، ويمكن الأحد بهذا الحكم في القانون المدني الأردني للتشابه بين القانونين.

وبهذا فإن الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد يجب أن يفهم على أنه الانحراف عن المقدار الواجب من العناية، ذلك أن الرجل المعتاد يفترض فيه عدم إخلاله بالقدر الواجب عليه من العناية وإن زادت عن عايته الحاصة.

الفرع الثاني

مفهوم عناية الرجل المعتاد

إن فكرة الرجل المعتاد تقوم على الأخلاق وإذا كان يباح للمدين تكييف عايته حسب الظروف، فهو مقيد بقيد أساسي هو ألا يخالف الأخلاق، والأخلاق هي العامل الأول الذي يوجه الرجل المعتاد. ويبقى علينا بعد ذلك تكييف العناية وبيان عناصرها، إبقاء بحسب النية بالأساس الموضوعي وتجنباً للمسؤولية المدنية.

وسوف نقسم هذا الفرع إلى أربعة أقسام يتناول في القسم الأول فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية، وفي القسم الثاني موضوعية معيار الرجل المعتاد و أثر الظروف في تكييف عناية الرجل المعتاد (مروية معيار الرجل المعتاد) في القسم الثالث وفي القسم الرابع عناصر عناية الرجل المعتاد.

أولا: فكرة الرجل المعتاد فكرة أخلاقية

رأينا أن المادة (١١٣٧) فرسي (تقابلها المادة ٣٥٨ اردني) تنص على وجوب بذل المدين بحفظ شيء عناية الرجل المعتاد. وإن المادة (١١٣٤) من القانون الفرسي (تقابلها المادة ٢٠٢ اردني) تنص على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية^(١).

فالالتزامات يجب أن تنفذ بحسن نية وهذا يعني وجوب تنفيذها بعناية الرجل المعتاد، والرجل المعتاد ابن هو الرجل الحسن النية، أساس حسن النية هو نفس معيار عناية الرجل المعتاد.. فالرجل المعتاد ابن هو الرجل الملزم بالأخلاق الاجتماعية وفي هذا يقول الأستاذ سليمان مرقس: "من مزايا الأخذ بمعيار الرجل المعتاد أنه يربط بين قواعد الأخلاق والقواعد القانونية لأن الرجل العادي بما يهتدي في تصرفاته بما تمليه عليه قواعد الأخلاق، فإتخاذ مسلكه نموذجاً لما يجب أن يكون عليه مسلك عامة الناس من شأنه أن يضمن على الواجبات القانونية التي يتم تعيينها وفقاً لهذا النموذج صيغة أخلاقية"^(٢).

والتحليل الحلقي لفكرة الرجل المعتاد يجعلنا نرسم الصورة التالية للرجل المعتاد الذي ينبغي أن تنعكس صفاته الأخلاقية على تنفيذه لالتزاماته فيقول: "إنه الرجل الأمين الشريف المصنف"^(٣).

(١) سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة الحالية، ١٩٦٤، فقرة ٥٦٩، ص ٥٥٣.

(٢) سليمان مرقس، مذكرات في القانون المدني لطلبة الماجستير جامعة بغداد، عام ١٩٦٨، ١٩٦٩، فقرة ٧٧، ص ١٢٦، والذي أشار إليه عبد الجبار ناجي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

(٣) سليمان مرقس، نظرية العقد، القاهرة، ١٩٥٦، فقرة ٢٦٠، ويشير إليه عبد الجبار ناجي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

ثانيا :موضوعية معيار الرجل المعتاد

لما أن يقاس الخطأ(خطأ الإهمال)بمعيار شخصي أو بمعيار موضوعي والقياس بالمعيار الذاتي معناه اعتبار المدين مخطئاً كلما حاد عن العناية التي اعتاد أن يبذلها في شؤونه وأدى ذلك إلى الإصرار بالغير وهذا يقود الى التشدد مع المدين الحريص جداً. وإلى التساهل مع المدين الذي يتساهل أو يهمل في شؤونه الخاصة. أما المعيار الموضوعي فيعصي بمقارنة مسلك المدين أكل حريصاً جداً أم قليل الحرص، بمسلك شخص آخر يتخذ نموذجاً للمقارنة. إن الأحذ بالمعيار الشخصي لا يطوي على أي حافر لأولئك قليلي العناية وقليلي الموهبة وقليلي الذكاء، ملكي بصاعفوا يقطعتهم وعنايتهم من أجل عدم إصابة الغير بالصرر والمعيار الموضوعي يخلق شعوراً بالطمأنينة لدى الجميع لأنه يعطي تعويض عن الضرر لكل من يصاب به جراء العمل غير المشروع.

إن قياس الخطأ بمعيار مجرد ليس معناه الاستعناء عن العصر المعنوي للخطأ^(١)، وصحيح أن المدين يعد مخطئاً لأنه لم يبذل عناية الرجل المعتاد، أو لأنه جهل ما يجب أن يفعله بحيث يأتي فعله مطبقاً لفعل الرجل المعتاد رغم أنه لم يتعمد هذا التفصير ولكن العصر المعنوي هنا يتمثل في توفر حرية الإرادة لدى الفرد، هذه الحرية الكفيلة بأن تعينه على اتخاذ مسلك الرجل المعتاد إرهاباً لهم، وطلب أمر غير معقول منهم، والمعيار الموضوعي من هذه الوجهة عادل لأنه يتطلب الممكن لا المستحيل.

إن القانون المدني الأردني أوجب الأحذ بالمعيار الموضوعي في تقدير القصور في العناية^(٢)، مما تصمته عبارات المادة (١/٣٥٨)المقابلة للمادة (١١٣٧) من القانون المدني الفرنسي، لذا كان مسلك المدين يقاس الى مسلك نموذج انساني عام لا إلى نموذج شخصي منفرد.

وإن لاختلاف النشاطات البشرية وبروزها وتطورها المستمر يجعل الاستناد الى نموذج واحد، نموذج الرجل المعتاد، أمر غير مستساع عقلاً وعدلاً فهناك نشاطات بسيطة يمكن القول

(١) عبد الجبار باجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

(٢) المنكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٣٥٨.

عنها بأنها وظائف اعتيادية يقوم بها كل الناس تقريبا، تتطلب معلومت لو مؤهلات أكثر مما هي متوفرة لدى الرجل المعتاد، فأحد نمودج المقارنة عام مع أن فكرة الرجل المعتاد بداتها تنصمن اي استعداد ففي خلاص^(١).

ولكن المجتمع الحديث مجتمع يركز على التخصص في اداء الأعمال، وهذا التخصص في حاجة الى مؤهلات وخبرات خاصة، وقد أصبح الفرد الذي يمارس مهنة معينة يكتسب كثيرا من العادات التي يجب أحداها عند الحكم على سلوكه ولم يتوقف التخصص عند حد المهنة الواحدة، بل لقد وجدت في كل مهنة فروع احتاجت إلى التخصص أيضا.

وبهذا كان لا بد للمحكم من أن تقيس سلوك كل مدين في مهنة معينة بسلوك مهني معتاد من نفس المهنة، لذا فمعاملة التاجر الذي احتص ببيع سلعة معينة ليس كتاجر عادي وإنما كتاجر على مستوى.

مع أن بعض المهن تحتاج الى تعليم أو تدريب مثل السائق المحترف وأيضا هناك مهن تحتاج إلى دراسات وخبرات، مثل مهنة الطب، كالتبيب أو الجراح والصيولي والمحامي والمهندس....

والخلاصة أن فكرة الرجل المعتاد فكرة موضوعية أي بمعنى أن الفرد يسأل ليس تبعاً لمقدار اهتمامه بشؤون نفسه أو تبعاً لمعلوماته الفعلية أو قنلياته الخاصة، وإنما يقارن سلوكه بمملاك غيره ممن يتحد نمودجا، وهذا هو معنى التقدير الموضوعي، ولكن نمودج المقارنة غير ثابت في كل الأحوال والمناسبات بل يتنوع إلى درجة كثيرة تبعاً للشطاطات والأوضاع المختلفة.

(١) ريبير، النظام الديمقراطي والقانون المدني الحديث، ١٩٤٨، مقرة ١٩٩، ص ٣٦٦، مشار إليه من قبل عبد الجبار باجي، مبدا حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

ثالثاً: أثر الظروف في تكيف عناية الرجل المعتاد (مرونة معيار الرجل المعتاد)

مسلك الرجل المعتاد لا يتحدد فقط بطبيعة الحقوق المتنازع عليها التي يباشر هو إحداها، فيصطدم في ذلك بواجبه المقابل لحق الطرف الآخر، وإنما يتدخل في تعيينه وتحديد طروف أخرى مميزة كالظروف المتعلقة بالشخص ذاته، أو المحيطة به من مكان وزمان ومن عرف وعادات^(١).

إن تقدير الخطأ بالمعيار الموضوعي لا يتضمن المطابقة إلى نموذج مجرد تعلم أي بصرف النظر عن الظروف الشخصية للمدين التي تقلل أو تزيد من قدرته أو قابليته المعتادة، صحيح أن يسلك بعاء أو بسوء نية لا يمكن أن يجد له مبرراً، ولكن ومن وجهة ثانية، كل ما يمكن تصوره بالنسبة للشخص المعتاد وجوهه نقطة الصمير والتبصر يمكن تصوره بالنسبة إلى المدين أيضاً، فمن المتصور أن يصاب الشخص المعتاد بمرض أو عجز أو وهن يعيقه عن العمل تبعاً إليه كما كان في الظروف الاعتيادية، لأن مثل هذه الظروف إذا اعتبرت المدين، خاصة في العقود الرمنية فإنها تؤخذ بنظر الاعتبار أمام محاكم الموضوع.

فطروف المكان والزمان هي من الظروف الطاهرة التي يقام لها وزن في تقصي مسلك الرجل العادي. أما الظروف الأخرى (الظروف الشخصية) التي تزيد من قدرة المدين فهي معلومته أو خبراته الخاصة، وهي كما بينها تكون إما بنص القانون أو بإرادة المتعاقدين الصريحة وأما بناءً على الثقة المشروعة بين المتعاقدين.

وقد أصبحت المؤهلات الشخصية للمقاولين وبحكم القانون من الظروف المتطورة التي يجب أن يقام لها الوزن في تقدير سلوك المقاول بما نص عليه القانون من أنه: (١- يفسخ عقد المقابلة بموت المقاول إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل الاعتبار في التعاقد)^(٢).

(١) فؤاد صالح دراكه، الشرط الجزائي، التعويض الانفاقي في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، ١٩٩٥، ص ١٥٧، عبدالرزاق السهيوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٨٨٤، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٨٧، ص ٢١٧، وأشار إليهم ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، القسم الثالث، فقرة ٢٨٩، ص ٣١٦.

(٢) المادة (١/٨٠٤) من القانون المدني الأردني.

ويستخلص من هذا النص ان رجال الفن كالرسامين والنحاتين والموسيقيين والمغنين واصحاب المهن الحرة كالمهندسين والأطباء والمحامين كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد، أما العمال والصناع كالفقائش والسلكيين والنجارين والحدادين فالأصل فيهم أن مؤهلاتهم الشخصية هي محل اعتبار في التعاقد. إلا إذا قام دليل أو عرف يقضي بغير ذلك كأن كان العمل محل المقولة عملاً بسيطاً لا يقتضي مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم به أي شخص في الحرفة^(١).

إن احد قلبية الشخص فوق المعتاد ينظر الاعتبار في بعض الاحيان، امر لا يقتصر على المدين وحده، بل انه يطبق على الدائن أيضاً، فحطاً الدائن يقدر تبعاً لحرته عندما يكون لهذه الخبرة أثر في علاقة الدائن بالمدين.

(١) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء السابع، المجلد الاول، فقرة ١٤٧، ص ٢٥٩.

رابعاً: عناصر عناية الرجل المعتاد

يمكن لنا من خلال نصوص القانون وتطبيقات المحاكم وبما كتب الفقهاء، أن نحلل عناية الرجل المعتاد إلى عناصر معينة، إذا افترضنا أو افترضنا بعضها كان ذلك إخلالاً بتنفيذ العقد وإخلالاً بمبدأ حسن النية في التنفيذ، وهذه العناصر إن كانت محددة المحتوى بعض الشيء، فهي لا تعطي إجابات جاهرة للقضاء. بل يمكن الاستعانة والاسترشاد بها لتقريرها إذا يوجد خطأ في جانب المدين أم لا يوجد. ويبقى دور القضاء دوراً إيجابياً أساسياً في الفصل بوجود الخطأ من عدمه في كل حالة على حدة.

سنستطيع القول ومن استقراء النصوص والتطبيقات القضائية والآراء الفقهية بأن عناصر عناية الرجل المعتاد هي:-

أ- تنفيذ كافة الالتزامات العقدية التبعية:-

من واجبات الأمانة على الرجل المعتاد أن ينفذ ليس فقط الالتزام الرئيسي في العقود بل أن ينفذ أضافة إليه كل الالتزامات التبعية الأخرى^(١)، وبمعنى آخر يلتزم بتنفيذ كل الالتزامات الداخلة في نطاق عقد معين، ونطاق العقد لا يقتصر على ما هو مذكور فيه صراحة أو ضمناً وإنما يشمل كافة الالتزامات الأخرى والتي يقرها القانون أو العرف أو العدالة بحسب ما تقتضيه طبيعة الالتزام.

إن حكم المادة (٢/٢٠٢)^(٢) من القانون المدني الأردني من التطبيقات التشريعية لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

(١) يزيد بصير مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، نظرية الخطأ في أثناء التعاقد والقطع التصلي للمفاوضات، جامعة آل البيت، المعرق، مجلة المنار، المجلد التاسع، العدد الثالث، ٢٠٠١، ص ٢١٦.

(٢) تعديلاً للمادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٤٩) في القانون المدني السوري.

وقد حرص القانون نفسه على التصريح بجعل بعض الالتزامات التبعية واجبة على المدين ولو لم تذكر في العقد، وذلك كالإتزام البائع بضمان العيوب الحفية^(١) والاستحقاق للمبيع^(٢).

والالتزامات التبعية هي تلك الالتزامات التي يستمد وجودها إما من القانون أو العرف أو العدالة أو طبيعة التّزام (التصرف) ونتناول هذه الالتزامات التبعية تباعاً.

أولاً: -التزامات مصدرها القانون:-

سبق أن ذكرنا أن من صفات الرجل المعتاد الاحلاقيّة احترام القانون فلا يجوز أن يحالف النصوص الأمرة المتعلقة بالالتزامات والنصوص المكملّة أو المفسرة إذا لم يوجد في العقد ما ينافيها، ومن أمثلة الالتزام بالنصوص الأمرة التّزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الحفية فكل هذه المسائل يبين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع، وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد^(٣).

ثانياً: -التزامات مصدرها العرف أو العادة:-

فكرة العرف تقوم على الرضا والرضا نفسه يقوم على علاقات بين الناس مألوفة والعرف هو ما يتعارف عليه الناس بصورة عفوية على اتباعه لأنهم يظنون اتفاقاتهم وفق قواعد اعتمدتها الأجيال السالفة^(٤).

(١) المواد (٥١٢-٥٢١) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٥٠٣) من القانون المدني الأردني.

(٣) عبد الرزاق السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، الجزء السادس، ص ١٣، وانظر أيضاً، أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة ٢٩٣، ص ٢٠٩، والسر حاش، نوري، مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، فقرة ٢٨٣، ص ٢٤٦، وبياسين الجبوري، المبسوط، الجزء الأول، المجلد الأول، القسم الثالث، مرجع سابق، فقرة ٢٢٨، ص ٢٤٤.

(٤) محمد حسين اسماعيل، القانون التجاري الأردني، مرجع سابق، فقرة ٢١، ص ٢٥.

وكثيراً ما يميل القانون إلى العرف لبيان بعض الالتزامات التبعية على المدين نجد ذلك في عقد البيع^(١) وفي عقد الإيجار^(٢) وفي عقد إيجار الأراضي الزراعية^(٣)، وفي المساقاة^(٤) وفي عقد المقاول^(٥).

والمشرع عندما يفعل ذلك فهو يطبق فكرة الرجل المعتاد تشريعياً وذلك لأن الرجل المعتاد يراعي الاعراف في المعاملات ما لم يوجد في الاتفاق ما ينص على خلاف ذلك. وقد أشارت محكمة التمييز الأردنية إلى العرف كعامل يستعان به لتحديد مصموم العقد بما قرره، من أن (٢٠٠-٢-٢٠٠) يستقر الفقه والفصاء على أن ملحقات المأجور تشمل كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقتضي به طبيعة الشيء والعرف وقصد المتعاقدين... (٦).

وللعرف أهمية كبيرة في المسائل المتعلقة بالمعاملات التجارية وعقود الرهن والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة وعقد الحساب الجاري والسمسرة^(٧). كما يعتبر من قبيل العرف ما يسمى بالشروط المألوفة أي تلك التي درج الناس على إعمالها في عقود معينة حتى يأت وجودها في تلك العقود مفروضاً ولو لم تدرج في عقد بداته. ومن ذلك ما جرت عليه العادة في إضافة نسبة مئوية إلى حساب النزلاء في الفنادق والمطاعم كمقابل للخدمة^(٨).

ومما يدل على اهتمام المشرع الأردني بالعرف والعادة في مجال العلاقات العقدية أنه بالإضافة إلى ما أحال عليها في العديد من النصوص المفسرة أو المكملة في بعض العقود، فقد

(١) المواد (٤٧١ و ٤٩٠ و ٤٩٢ و ٤٩٩ و ٥١٢) من القانون المدني الأردني.

(٢) المواد (٦٨١ و ٦٨٢ و ٦٨٦ و ٦٩٣ و ٦٩٥) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٧١٩) من القانون المدني الأردني.

(٤) المادة (٧٣٩) من القانون المدني الأردني.

(٥) المادة (٧٨٤) من القانون المدني الأردني.

(٦) تمييز حقوق رقم (١٧/٣٩٠) مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٧٨، العدد الأول والسادس، تاريخ ١٣/١٢/١٩٧٧، ص ٢٠٠، أشار إليه من قبل نور سلطان، مصنف الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٩٥، ص ٢١٠.

(٧) المواد (٤ و ٦٢ و ٨١ و ٨٩ و ١١٠) من قانون التجارة الأردني.

(٨) لشرحان، توري شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

أكد على اهتمامه في تفسيره لهذه المادة في المذكرات الإيضاحية حيث نص على: (وقد أوردت المجلة كثيراً من القواعد الكلية توجب الإحد بالعرف والعادة في تحديد نطاق العقد منها) (العادة محكمة) و (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) و (تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) و (العبرة للعالم الشائع ولا للنادر) و (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقد أورد المشرع هذه القوانين سابقاً^(١).

ثالثاً: - التزامات مصدرها العدالة: -

من السهل بيان التشريع لأنه مدون ومكتوب أما العرف فهو ظاهر محسوس ويقول الأستاذ حسن الدبون أن العدالة فكرة لم تحدد معالمها بدقة، وقد عرف العيلسوف (أفلاطون) العدالة بأنها: أن يملك الشخص ويفعل ما هو ملكه ومعنى هذا أن العدالة عند أفلاطون هي أن يتلقى كل شخص ما يساوي إنتاجه وأن يؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته ومقدرته وجاء في مدونة (جستينيان) أن العدل هو (حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه) وقال بعضهم إن العدل احساس يتجلى فينا على هيئة استحسن أو استهجان ضرور أو ألم، إزاء واقعة ما عد موافقة هذه الواقعة لضميرنا الأخلاقي أو مخالفتها له، إذ تحس بالرصا والسعادة عند انتصار الحق وانحجار الباطل كما تحس بالغضب والأسى عند ادانة البريء وتبرئة المدين وفضيلة العدل ذات صفة حلقية^(٢).

والعدالة فكرة لا تقتصر على مجرد الامتناع عن إيقاع الضرر بالغير وعلى إعطاء كل ذي حق حقه وإنما هي تطوي فوق ذلك على شيء أعمق ولبعد ذلك هو التوازن المستهدف تحقيقه بين المصالح المتعارضة بعية كفاءة النظام اللارم لسكينة المجتمع الإنساني وتقدمه^(٣).

وهي الشريعة الإسلامية نجد الإمام العراقي يرسم الفروق بين مفاهيم ثلاثة قد تحتلط معانيها معاً، فيقول: "إذا اقتصر التاجر على (العدل) كان من (الصالحين) وإن أضاف

(١) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأرمني مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٢٣٠.

(٢) حسن علي الدبون، فلسفة القانون، مطبعة العاقي، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٧٥، فقر ١٦٠، ص ١٦٣.

(٣) حسن سور، المرجع السابق، فقرة ١٦٠، ص ١٦٤، ويشير فيه إلى سعيد عطيه، النظرية العامة للحريات الفردية، ص ٣٦، وانظر أيضاً في نفس المعنى، السيد البدوي، حول نظرية علمة لعبدنا حسن التيسة في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٧.

إليه (الإحسان) كان من (المقربين) وإن راعى مع ذلك وطائف الدين، كان من الصديقين والله أعلم^(١).

ويصيف أيضاً: تتم شفقة التاجر على دينه بمراعاة حسن البية والعقيدة في ابتداء التجارة، فليبو الصبح للمسلمين، وإن يحب لسائر الخلق ما يحب لنفسه. وليبو اتباع طريق العدل والإحسان في معاملته... وإن لا يقصر على اجتناب الحرام بل يتقي مواقع الشبهات وحطرات الريب ولا يطر إلى الفتاوى بل يستفتي قلبه، فإذا وجد فيه حزا زلة اجتنبه^(٢) ثم يرى أن رتبة الإحسان فقال ببعض الأمور منها: "عدم المعايبة، ينبغي على المسلم ألا يغش صاحبه بما لا يتغلب به في العادة... والإحسان في استيفاء الثمن والديون مرة بالمسامحة وحظر البعص، ومرة بالإمهال والتأخير اتباعاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "من انظر معسراً، وترك له حاسبه الله حساباً يسيراً" وكذلك الإحسان في الوفاء بأن يمشي إلى صاحب الحق ولا يكلفه أن يمشي إليه اتباعاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "خيركم أحسنكم قضاء"^(٣).

وبعبارة عامة يستطيع القول بأن العدالة هي إيفاء واستيفاء الحقوق بالطريقة التي يوجبها الضمير وبعض جوانب الاخلاق، وهي من صنع الصمائر الحسنة، كما أن بعض الأعراف والعادات هي كذلك.

وعما يمكن أن يعد من التزامات العدالة ما قرره المشرع الأردني من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل وفقاً لما يقتضيه الاتفاق أو العرف (٥/٨١٤٢) مدني. على أن أهم تطبيق لقواعد العدالة ما تعلق بنظرية الظروف الطارئة التي من شأنها التخفيف عن المدين إذا صار الالتزام مرهقاً له^(٤)، وإذا كان الخروج على مقتضيات الضمير في استعمال الحق يجرح العدالة ويخلق حالة من حالات التعسف في استعمال الحق ويجد أن نظريتي عقود الإذعان والتعريض مع العبن الفاحش تعتبران من تطبيقات فكرة العدالة ذلك أن التزامات الطرف الضعيف التبعية والاصولية تعدل بحيث

(١) الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، ص ٨٧.

(٢) المرجع ذاته، ص ٨٣-٨٦.

(٣) المرجع ذاته، ص ٨٢، ٨١، ٧٩.

(٤) انظر سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق،قرة ٢٩٦، ص ٢١٠.

تناسب التزامات الطرف الآخر وهاتان النظريتان تتكفلان لمعالجة جانب كبير من عيوب تنفيذ العقود كما يزعم مبادئ العدالة بمفهومه الواسع.

لقد نص القانون المدني الأردني على ما يلي: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعى منها وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)^(١).

فالعقد الإذعان هو العقد الذي تنعدم فيه المفاوضات العنقودية ولا يبرم بالإرادة الكاملة لأحد الطرفين إن الطرف القابل يقتصر قبوله على مجرد التسليم بشروط مطبوعة ومقررة سلفاً من قبل الموجب وليس على الموجب إليه إلا التسليم بشروط مطبوعة ومقررة سلفاً من قبل الموجب وليس على الموجب إليه إلا التوقيع على النموذج الذي يحتوي على هذه الشروط دون استطاعة مناقشة أي شرط ورد فيه والا فإنه لن يكون باستطاعته الحصول على السلعة أو المنفعة التي يرغب في الحصول عليها.^(٢)

فالعقد التأمين وعقد النقل بالسكك الحديدية والبواخر والطيران وعقد اشتراك المياه والنور أيضاً عقود إذعان، إذ أن القابل لمثل هذه العقود لا يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقعه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول فرضاً، وهو موجود، ولكنه معروض عليه.^(٣)

والفضاء هنا هو الذي يتولى معالجة الآثار السيئة الناجمة عن عدم التكافؤ بين الإرادتين فيعمل على أنصافهم وحمايتهم من الاستغلال، فكانت فكرة العدالة هي المبرر لتدخل المشرع والفضاء لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي فرضها عليه الطرف القوي.

(١) المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني وتقابلها المادة (١٤٩) من القانون المصري والمادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي، المادة (١٥٠) من القانون المدني السوري.

(٢) يزيد بصير مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، التفاوض عبر النماذج المتضاربة، مجلة المسار، جامعة آل البيت، المجلد التاسع، العدد الثالث، ٢٠٠٣، ص ٩٤.

(٣) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، أحمد طه البشير، التوجيه في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٤.

وهيما يتعلق بنظرية التعرير والعين^(١) فقد نص القانون المدني الأردني على (التعيرير هو أن يحدد أحد العاقدين الآخر بوسيلة احتمالية قولية أو فعلية تجعله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها)^(٢)، كما نص على: (إذا أصاب العين ولو كان يسيراً مال المحجور عليه الدين أو المريض مريض الموت وكان ديهما مستعرقاً لما لهما كان العقد موقوفاً على رفع العسر أو إجازته من الدائنين وإلا بطل)^(٣)

صحيح أن العمل القانوني في حالة التعرير والغبين الفاحش مستجمع لشروطه الضرورية للصحة، ولكن الواقع أن أحد الطرفين شاب إرادته عيب من عيوب الرضا مما يؤدي إلى احتلال التوازن بين الطرفين لوجود العين والتعيرير في جانب المتعاقد الآخر، حيث أن فعل المتعاقد المعرر، يحالف القاعدة الأخلاقية التي توجب على الفرد أن يعامل غيره كما يجب أن يعامله الغير والحروح عن الأخلاق هو الذي يبرر الاستناد إلى فكرة العدالة في تنظيم علاقات الطرفين ورفع الغبن إلى الحد المعقول.

رابعاً: - التزامات مصدرها طبيعة الالتزام (التصرف)

وفي بيان المقصود بطبيعة الالتزام نصت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني على: (وهي تقتضي أن يلحق العين ما هو تابع لها وما تستلزمه تلك الطبيعة من ملحقات ويستند المشرع في هذا الصدد إلى القواعد الفقهية (التابع تابع) (التابع لا يعرر بالحكم) و (من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته) و (إذا سقط الأصل سقط الفرع) و (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه)^(٤).

وقد طبق المشرع الأردني هذه القاعدة في عقد البيع حيث اعتبر أن بائع العين قد باعها وباع معها ملحقاتها الضرورية، أي باع أصل العين والملحقات الضرورية حيث نص على (يشمل

(١) التي أدرجها المشرع ضمن عيوب الرضا بالإضافة إلى الإكراه والعلط، انظر المواد (١٣٥ - ١٥٦) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١٤٣) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (١٤٧) من القانون المدني الأردني.

(٤) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قَرَار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة، وكل ما جرى العرف على أنه من نواحي المبيع ولو لم تذكر في العقد^(١).

وإعمالاً لفكرة تكملة العقد قام القضاء العربي ومن بعده المصري والعراقي بإدخال عدد من الالتزامات في العقود وثم عدم وجود نص عليها لا في القانون ولا في العقد ومثل ذلك تحميل أحد العاقدين بالالتزام بالسلامة وذلك في مجال عقد النقل إذا أصبح الناقل ملتزماً بنقل الراكب إلى جهة الوصول سليماً وهذا الالتزام بعد التزاماً بتحقيق نتيجة أو أساس ترتيبه على علق الناقل والتزامه به هو منادى العدالة، لأنه من الصعوبة بمكان تبرير هذا الالتزام بالجوء إلى إرادة (إرادة الناقل والراكب)، فإذا كان الراكب تتجه لإرادته إلى هذا الشرط، فإن من المؤكد أن إرادة الناقل لم تتجه إليه إطلاقاً وهذا الالتزام بالسلامة انتقل إلى عقود عديدة أخرى، وذلك انطلاقاً من اعتبارات العدالة المستمدة من مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية.

وبعد أن بينا مختلف الالتزامات التبعية حسب تنوع مصادرها ننقل الآن إلى العصر الثاني في رعاية الرجل المعتاد وهو واجب إخطار الدائن بالمعلومات الضرورية.

ب- إخطار الدائن بالمعلومات الضرورية

إن وظيفة الإخطار من المدين إلى الدائن، عن الظروف المؤثرة على سير تنفيذ الالتزام، هي تنبيه الدائن كي يتوقع ويتجنب الإصرار التي تتهدد في حالة جهله بتلك الظروف ومن تطبيقات هذا العصر نرى الكثير في العديد من العقود:-

يلتزم البائع بإخطار المشتري عن حالة المبيع أي من العيوب الخفية التي فيه، وعن تكاليفه وأي أمر يتصل به.

(١) ياسمين الجبوري، المبسوط مرجع سابق، الجزء الأول، المجلد الأول، القسم الثالث، ص ٢٣١، ص ١٤٨، وقد أوجب قانون العمل الأردني في المادة (٧٨) على رب العمل أن يلتزم في عقد العمل بسلامة عماله ضد مخاطر العمل، كما أوجب قانون التجارة الأردني على الناقل المحافظة على سلامة الركاب والبضائع عند تنفيذ عقد النقل في المادتين (٧٢) و (٧٧) منه.

ولم يتردد القصاص الفرنسي في احر مراحل تطوره أو حتى الوقت الحاضر في تقرير وجود التزام تعاقدى بالإعلام كالترام تابع مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد وذلك رغم عدم وجود نص صريح يقرر مثل هذا الالتزام بين النصوص القانونية التي تنظم كل عقد على حده. وبموجب هذا الالتزام يلتزم المهني (البرامج الحاسب الإلكتروني) صانعا كان أو مورعا- بالنظر الى مهنته أو حرفته من جانب، ولخبرته ودرايته من جانب اخر- بالإفصاح الى المشتري بكافة المعلومات الضرورية الخاصة باستعمال الشيء المبيع وكذلك الاحتياطات والتدابير التي يجب اتخاذها من جانب المشتري لتجنب المخاطر التي يمكن أن تترتب على استعمال هذا الشيء، أو حتى على مجرد حيازته^(١).

ويمكن لنا القول في تعميم التزام البائع باحطار المشتري عن العيوب الخفية وعن كيفية استعمال الاشياء الخطرة إلى جميع المدينين بتسليم الاشياء في مختلف العقود.

وقد اورد المشرع الأرسى بعض التطبيقات التشريعية لواجب الإحطار .

أولاً- في عقد البيع: - حيث نص على: (أ- على كل تاجر أن يضع بصورة واضحة سعر كل سلعة معروضة للبيع سواء أكان عليها سعرها محددًا وفق أحكام هذا القانون، أم محدد مع وجوب التزامه بهذه الأسعار كحد أعلى وإذا تعذر وضع الأسعار على بعض السلع فإن على التاجر تنظيم كتف بأسعارها وشيئته في مكان ظاهر قريب من مدخل محله لتمكين رواده من الاطلاع عليه بسهولة. ب- على البائع بالجملة أن يرود المشتري بفاتورة تتضمن نوع المادة أو السلعة وكميتها وسعر بيعها وأن يحتفظ نسخة منها مدة لا تقل عن سنتين، وعلى البائع بالتجربة لأي مادة أو سلعة أن يزود المشتري بفاتورة إذا طلب ذلك)^(٢).

ثانياً- عقد المقاولة: - على المهندس أن يسه رب العمل عن عيوب الأرض، وقد يتحد هذا الواجب صورة الامتناع عن التعاقد أو التنفيذ، ولذا فإن المهندس يبقى مسؤولاً إذا أقام بناء على أرض غير صالحة أو بمواد غير صالحة وإن كانت تعود الى رب العمل ولا يكفي أن يسه المالك عن ذلك، اذا كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعنية فإن هذا لا ينفي خطأ

(١) عره محمود أحمد خليل، 'مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب' دراسة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه مشورة، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٢٦.

(٢) لمادة (١١) من قانون الصناعة والتجارة رقم (١٨) لسنة ١٩١٨، الصادر بتاريخ ١/١١/١٩٩٨.

المقاول، ولم يفعل رب العمل سوى إجازة خطأ المقاول، وهذه الإجازة لا اعتداد بها بسبب جهله للنواحي الفنية في العمل.

وتطبيقاً لما ذكرناه نص القانون المدني الأردني على: (كانا متضامين في التعويض لصاحب العمل عما يحدثي خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت. وعس كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. ٢- يبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الحال أو التدهم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة)^(١).

ثالثاً- في عقد الوكالة:- إذا اضطر الوكيل إلى تجاوز حدود وكالته لتعذر إخبار الأصل بتجاوزه، وكان يعتقد بحسن نية أن الأصل ما كان إلا أن يوافق على تجاوز لأنه ينصب في مصلحة كان تصرفه صحيحاً وسرت آثاره في حق الأصل بشرط أن يحبر الوكيل الموكل بتجاوزه في أقرب فرصة. وقد تجاهل المشرع الأردني هذا الاستثناء أيضاً، ولكنه أشار إلى إمكانية تجاوز حدود الوكالة إذا كان في ذلك نفع للأصل، حيث نصت المادة (٨٤٠) في باب الوكالة على أنه: (تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل)^(٢).

ج- حسن اختيار التابعين وحسن مراقبتهم:-

فيجب على المدين أن يختار تابعيه بعناية ويراقبهم في تنفيذ العقد منذ بدايته فيجب عليه أن يعرف كل شيء عن قدراتهم الشخصية وقدرات الأشخاص من المساعدين لهم. وعليه لا يقبل ادعائه بجهله هذه القدرات ومع ذلك يجب الإشارة إلى أن قيام المدين بهذا العمل لا يعفيه من سوء التنفيذ الذي يحصل من تابعيه بحال، ذلك أنه متضمن مع تابعيه، وإن إحلال أي فرد منهم بالعمل يسأل عنه الجميع ولا يستطيع أن يتحلى من هذه المسؤولية إلا بائسراطه الصريح إعفائه من تبعه الأخطاء التي يرتكبها تبعوه.^(٣)

(١) المادة (٧٨٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) لشرحنا، محاضر، شرح القانون المدني، مرجع سابق، فقرة ٩٩، ص ٨٤، ويشير أيضاً إلى أن المشرع المصري في المادة (٧٠٣) والعراقي في المادة (٩٣٣) قد نصا على ذلك صراحة.

(٣) المادة (٣٥٨) من القانون المدني الأردني.

د-التأكد من صلاحية الآلات والمواد المستعملة في التنفيذ:-

يسأل المدين عن أي ضرر ينشأ من الآلات والمواد التي يستخدمها في تنفيذ العقد، حتى لو كان يجهل عيوبها فعلاً أو قام بما في وسعه للتأكد من صلاحيتها، ومن التطبيقات التشريعية لهذا الواجب ما نص عليه القانون المدني الأردني: (١-١) إذا اشترط على المَقاول تقديم مادة العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها طبقاً لشروط العقد^(١)، فيضمن المَقاول عيوب المادة المستعملة صماً البائع للعيوب الحفية، فيكون المَقاول ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المادة الصفات التي اتفق مع رب العمل على وجودها فيها أو كان في المادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب العناية المقصودة منها والمتفق عليها.

هـ-الخضوع لرقابة الدائن أثناء تنفيذ العقد:-

على المدين أن يخضع لرقابة الدائن أثناء تنفيذ العقد، حيث أن ذلك يسهل الأمر للطرفين للوصول إلى العناية المتوحاة من المتعاقدين فأعمال المدين سوف لا تكون مدار شك لدى الدائن وأيضاً أن يجتهد في خطوات أو عمليات إن فشلت وكثرت بدون علم الدائن سوف يعترض عليها.

وهكذا فإن من واجب المدين أن يجعل الدائن على علم بالخطوات التي يقوم بها ويتلقى الإرشادات والتوجيهات منه ولهذا العصر من عناية الرجل المعتاد. وهناك تطبيقات في التشريع الأردني هي العديد من العقود ففي عقد المَقاوله لرب العمل الحق في التدخل عندما يخل المَقاول بشروط ومواصفات العقد المتفق معه عليه^(٢). وفي عقد الوكالة لوجب القانون الوكيل أن يوفي موكله بالمعلومات الضرورية كما وصل إليه تنفيذ الوكالة وبأن يقدم إليه الحساب عنها^(٣).

(١) المادة (٧٨٣/١) من القانون المدني الأردني، ولكن المشروع العراقي نص صراحة على هذا الأمر في المادة (٨٦٩) من قانونه المدني حيث نص على (إذا تعهد المَقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كل مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانتها رب العمل).

(٢) فطر في هذا المعنى المادة (٧٨٥) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٨٥٦) من القانون المدني الأردني.

و- قيام المدين بأعمال الفضيلة لمصلحة الدائن :-

لما كان من المرجح فيه حفظ مصالح الدائن في ظروف غير المتوقعة فللمدين ان يفعل أكثر مما كان مطلوباً أو متوقعاً، إذا واجه ظروف خارجية لم يتوقعها فيقوم باستعمال وسائل في تنفيذ العقد كان واضحاً بأن الدائن لم يتوقع استخدامها. هي مثل هذه الظروف يحق للمدين المطالبة بالتعويض ولم ينص القانون الأردني^(١) على تطبيقات مثل هذه الأعمال ولكن يمكن تطبيق القواعد العامة في القانون المدني الأردني المتعلقة بالفصالة حيث نص القانون على: (من قام بعمل نافع للغير دون أمره ولكن أنبت به المحكمة أو أوجبت ضرورة أو قصي به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه، وتسمري عليه الأحكام التالية)^(٢).

ز- تيسير استعمال الدائن لحقوقه التعاقدية :-

على المدين أن يتدخل، إذا استدعاه الدائن، لتمكينه من الانتفاع بحقه وإن أوصح صورة لهذا التدخل الذي يقصد به معونة الدائن على استعمال حقه هو ما يجب على المؤجر (بصفته مديناً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المأجورة) من التدخل لتمكين المستأجر من أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والكهرباء والغاز وما إلى ذلك ما دامت الطريقة التي توضع بها هذه الأجهزة لا تحالف الأصول المرعية، على أن تدخل المستأجر إذا كان لارماً فإن المستأجر يتكفل بما ينفقه المؤجر. وقد ورد هذا الحكم في المادة (٢/١/٥٨١) من القانون المدني المصري ولا مقليل لها في القانون المدني الأردني. ولكن هذا الحكم يعد من القواعد العامة التي يمكن الأخذ بها في القانون المدني الأردني من دون نص سيما ولا يوجد نص خاص يعارض هذه القاعدة.

(١) على خلاف المشرع العراقي الذي نص على هذه الأمور بصراحة في عقد الشركة والعارية والقل في المواد (٦٤٢ و ٨٤٩) من القانون المدني والمادة (٢/٢٦٣) من قانون التجارة العراقي.
(٢) المادة (٣٠١) من القانون المدني الأردني.

الخاتمة

بعد ان تم بحث موضوع (حسن النية في تنفيذ العقود) وتطبيقاته في القانون المدني الأردني. ولقد عمد البحث الى الاعتماد على النصوص القانونية وذلك لعدم توفر المؤلفات التي تبحث في هذا الموضوع، كما عمد الى المقارنة مع التشريعات العربية والفقه الإسلامي، لم يقتصر البحث على التشريع الأردني بل تناول معظم التشريعات. وفي سبيل ايجاز هذه الدراسة، وسعياً إلى تحقيق الفائدة المرجوة، فقد حرصت على الاستعانة بالمراجع التي تناولتها هذا الموضوع ولو بشكل جزئي لاستخلاص نتائج وأفكار جديدة منها اضافة الى بلورة أفكار جديدة ملتزماً في ذلك بالمنهج العلمي الحديث وما يتطلبه من براهة ودقة، ولقد كنت حريصاً في ذلك على خلو هذه الدراسة من أي اسهاب ممل أو إيجاز مخل.

وقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة النتائج التالية:-

١- ان مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يقتضي من المتعاقد ان يكون حسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الداتي)، أي أن لا تكون إرادته اتجهت نحو الإصرار بالطرف الآخر وذلك بأن يتجنب الخطأ العمد وكذلك العش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية، وإن يتجنب كذلك الإهمال العاقل الذي يعده القانون وليداً على الخطأ العمد أو على الأقل معادلاً له من حيث الأثر.

٢- ان حسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الداتي) لا يتطلب مجرد عدم اتجاه النية إلى الإصرار بالغير مباشرة بل يتطلب أيضاً عدم الإقدام على أي فعل أو ترك إذا كان الصرر الشئ عنه امراً لازماً لا يمكن تصور حدوثه دون هذا الفعل أو الترك.

٣ الخطأ الجسيم الذي وإن كان أعلى درجات خطأ الإهمال، إلا انه بدرجة الغش والحدیعة، ورغم عدم وجود صيغة ثائية تحدد معنى الخطأ الجسيم، فإن تعريفات الفقه وتطبيقات القضاء اعتبرت بعض الأفعال خطأ جسيماً مثل الإصرار بمصالح حيوية للطرف الآخر كالإصرار بسلامته البدنية والإحلال بالنزاع علق عليه هذا الطرف أهمية خاصة.

٤- عدم كفاية التزام المدين بحسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الدائى) بل لا بد أن يكون حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي للالتزام أيضاً، فيختلف حسن النية بتنفيذ العقود في التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية مع مراعاة طبيعة الالتزام في الحالتين، فلا يكفي أن تكون إرادته سليمة (غير مشوبة بسوء نية) بل يجب أن يتحلى بقدر كاف من التصبر يكفل تحقيق الغرض المتعاقد من أجله.

٥- إن حسن النية وفقاً للأساس الموضوعي يعرض على المدين أيضاً تحقيق الغرض المتعاقد عليه من خلال تنفيذ التزامه تنفيذاً عيبياً كلما كان هذا التنفيذ ممكناً، فلا يجوز له أن يتحلل من التزامه إلا إذا منعته من التنفيذ قوة قاهرة.

٦ إن أساس إعفاء المدين في حالة القوة القاهرة هو حسن نيته المتجلى في عجزه الموضوعي عن التنفيذ، لذلك العجز الذي تفره الأخلاق.

٧- أن يكون الدائن في التنفيذ متعاوناً مع مدينه كلما اقتضى التنفيذ منه هذا التعاون والافان عدم تعاون الدائن مع المدين يخلق العقبات والعراقيل أمام المدين في ذلك التنفيذ وما يترتب عليه من ضياع الوقت والجهد والمال.

٨- إن مبدأ حسن النية لا يحكم نوعاً معيناً من الالتزامات دون نوع آخر، بل إن تنفيذ كل الالتزامات يحصع لهذا المبدأ سواء كان التنفيذ في الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات ببذل عناية وإن كانت بعض العقود تتطلب حسن النية أكثر من غيرها.

٩- إن مبدأ حسن النية لا يسري على كلا نوعي الالتزامات فقط (الالتزامات بتحقيق نتيجة والالتزامات ببذل عناية) وإنما يعمم الأحذ به كلا طرفي العقد أيضاً سواء في تحدثا عن حسن النية وفقاً للأساس الشخصي (الدائى) أو الموضوعي، فلا يكفي مبدأ حسن النية أن يتكزه الدائن عن استعمال حقه نية الإضرار بالمدين بل يجب عليه أن يتصف بما يتصف به الرجل المعتاد من حذر وبصيرة وانتباه لدى استعمال حقوقه بحيث يتجنب الإضرار بالمدين بصورة غير مشروعة. وهي تزيد وتنقص تبعاً لطروف الدائن ومؤهلاته أيضاً.

١٠- إن حسن النية في التكيف النهائي ما هو إلا اعدام العنصر المعنوي للخطأ سواء توفر العنصر الموضوعي من الخطأ أو لم يتوفر ذلك أن اعدام العنصر المعنوي وحده كفيلاً بفعي الخطأ لأن الخطأ لا يقوم إلا بعنصرين معنوي وموضوعي (مادي).

١١- إن الفقرة الأولى من المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن العقد يجب أن ينفذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية قد كرست فكرة المسؤولية المدنية في حالة عدم احترام مبدأ حسن النية في التنفيذ.

١٢ إن المادة (٢٠٢) بكلتا فقرتيها تتضمن المقصود بحسن النية في مجال العلاقات العقدية وفي حال التنفيذ بنص تلك المادة يصبح المدين بمأى عن أي إخلال بالتزام تعاقدي يثير مسؤوليته.

وفي نهاية هذه الدراسة، أتمنى أن أكون قد وفقت في دراسة موضوع الرسالة، دراسة علمية شاملة - بما يحقق العائدة العلمية المرجوة، راجياً أن يكون العطاء بقدر الجهد، ومبتهلياً إلى الله تعالى بدعاء التوفيق ومعتدلين عن أي سهو أو خطأ غير مقصود، آملي أن تحظى رسالتنا بالقبول وأن تكون نافعة لرواد الحق ومطبقي الشرع والقانون.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم

ب- القوانين :

١. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٨٠.
٥. القانون المدني السوري سنة ١٩٤٩.
٦. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤.
٧. مجلة التونسية للالتزامات و العقود لسنة ١٩٠٦.
٨. قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.
٩. قانون التجارة البحري الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٧٢.
١٠. قانون النقل العراقي رقم (٨٨) لسنة ١٩٨٣.
١١. قانون نقابة المحامين النظاميين الأردني رقم (٥١) لسنة ١٩٨٥.
١٢. قانون المحاماة العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
١٣. قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٥.
١٤. قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٨.
١٥. قانون التقاعد والضمان الاجتماعي العراقي رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١.
١٦. قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢.
١٧. قانون البينات الأردني رقم (٣٧) سنة ٢٠٠١.
١٨. قانون المالكين والمستأجرين الأردني لسنة (٣٠) لسنة ٢٠٠٠.

١٩. قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠.
٢٠. قانون الصناعة والتجارة الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٩٨.
٢١. قانون العقوبات الأردني رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٢.

ثانياً: المراجع

أ- الكتب:

١. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الخامس، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٣٢٣ هـ .
٢. ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، الجزء الثالث، ٧٥١ هـ .
٣. ابو حامد العراقي، احياء علوم الدين، الجزء الثاني، دار الفكر اللبناني، بيروت، طبعة ١٩٦٨.
٤. ابي الحسين احمد بن فارس بن زكريا اللغوي، مجمل اللغة دراسة وتحقيق زهير عيد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، الجزء الثالث والرابع، الطبعة الاولى، بيروت، ١٩٨٤.
٥. احمد ابراهيم البسام، قاعدة تظهير الدفع في ميدان الاوراق التجارية، الطبعة الاولى، مطبعة العاني، ١٩٦٩.
٦. احمد ابراهيم حسن، تاريخ انظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٦.
٧. اسماعيل العمري، الحق ونظرية التصف فيه، الطبعة الاولى، مطبعة الرهراء الحديثة، الموصل، ١٩٧٥.
٨. المنكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني، نقابة المحامين الاردنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، عمان، ١٩٩٣.
٩. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الثاني والخامس، الطبعة الثالثة دار عمر ان، القاهرة، ١٩٨٥.
١٠. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالعقود الإسلامي، الطبعة الاولى، مشورات الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧.

١١. ثروت الاسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، القاهرة، ١٩٦٢.
١٢. جمال الدين محمد محمود سبب الالتزام ومشروعيته في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٦٩.
١٣. جدي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني والخميس، القاهرة، ١٩٤٦.
١٤. حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، حسب أحكام الفصل (٢٤٣) من المجلة المدنية التونسية برسالة ماجستير مشورة كلية الحقوق بتونس، ١٩٨٦.
١٥. حسام الدين كامل الاهواني، مصادر الالتزام، المصالح الإرادية، القاهرة، ١٩٩١.
١٦. حس جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
١٧. حس علي الدبور، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، مطبعة العاني ببغداد، ١٩٧٥.
١٨. حسين عامر، التصرف في استعمال الحقوق والغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٦٠.
١٩. حسين عامر، المسؤولية المدنية، التفسيرية والعقدية، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦.
٢٠. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، القاهرة، ١٩٥٨.
٢١. صلاح الدين الباهي، النظرية العامة في الفقه الموازن وعلم الخلاف، مطبعة اسعد ببغداد، ١٩٦٦.
٢٢. عبد الحكيم، وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر بجامعة بغداد، ١٩٨٠.
٢٣. عبد الرزاق السهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه علم، الجزء الأول دار النهضة العربية، ١٩٦٦.
٢٤. عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول والثاني والسادس (القسم الثاني من المباحث) (القسم الأول والثاني)، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٥. عبد الرزاق السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الترايح العربي ودار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧.

٢٦. عبد السلام الترماني، محاضرات في تاريخ القانون، الطبعة الأولى، منشورات جامعة حلب، ١٩٦٤.
٢٧. عبد العزيز فهمي، مدون جوستينيان في الفقه الروماني، أصول وتقريرات خاصة بالالتزامات والمتعاقدان، دار الكتاب المصري، القاهرة، ١٩٤٦.
٢٨. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، الطبعة الخامسة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٦٦.
٢٩. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
٣٠. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، في العقد، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ١٩٩٣.
٣١. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإيرانية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى، (د ت).
٣٢. عنان السرحان وبوري حاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، العجر للطباعة، اربد، ١٩٩٧.
٣٣. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٣٦.
٣٤. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة، في البيع والإيجار، الطبعة الأولى، اربد، ١٩٩٧.
٣٥. مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الثالثة، مكتبة مطبعة الاداب، ١٩٣٠.
٣٦. مجلة نقابة المحامين، أعداد مختلفة.
٣٧. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الالتزامات، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة.
٣٨. محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، (د ن)، (د ت) الاسكندرية.
٣٩. محمد حسين اسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الثانية، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٢.
٤٠. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون والدينية، بغداد، ١٩٨٢.

٤١. محمد عبد الطاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٣.
٤٢. محمد عبد المعصم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأصول، دار النشر الحديث، القاهرة، ١٩٥٤.
٤٣. محمد عبد الله مجرائم النشر، القاهرة، ١٩٥٦.
٤٤. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، مطبعة الانتصار، طرابلس، ١٩٩٣.
٤٥. محمد مرتضى الريدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المجلد العاشر، منشورات دار مكتبة الحياة، للطبعة الأولى، بيروت، ١٩٨٥.
٤٦. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلامي والمدونات المدنية العربية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
٤٧. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر، عمان، ١٩٩٨.
٤٨. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصادر والالتزام، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٢.
٤٩. محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، القاهرة.
٥٠. مفلح عواد القضاة، البيّنات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، جمعية عمال المطابع، عمان، ١٩٩٦.
٥١. منذر الشاوي، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦.
٥٢. ميشيل قلية، القانون الروماني، ترجمة وتعليق هاشم الحافظ، منشورات جامعة بغداد، بغداد.
٥٣. ياسين الجنوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول والعسم الثالث، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٢.

ب- الأبحاث و الدراسات :

١. غازي ابو عرابي، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، دراسات، المجلد الخامس والعشرين، العدد الأول، الجامعة الأردنية، ١٩٩٨.
٢. نوري خاطر، الخطأ الجسيم في ظل التطبيقات التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، مجلة المنار، المجلد التاسع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المرق، ٢٠٠٣.
٣. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، مجلة المنار، المجلد السابع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المرق، ٢٠٠١.
٤. وهبة الزحيلي، نظرية الباعث في العقود في الفقه والاصول، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع، جامعة الإمارات العربية، ١٩٨٨.
٥. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، التفاوض بين التمازج المتضاربة، الجزء الثالث، دراسة مقارنة، مجلة المنار، المجلد التاسع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المرق، ٢٠٠٣.
٦. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية الجزء الأول، دراسة مقارنة، مجلة المنار، المجلد التاسع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المرق، ٢٠٠٣.
٧. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التصفي للمفاوضات، الجزء الأول، دراسة مقارنة، مجلة المنار، المجلد التاسع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المرق، ٢٠٠١.

ج- الرسائل الجامعية :

١. السيد البدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٨٩.
٢. حس زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء الجراحين في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة.

٣. رومان منير زيدان حداد، مبدأ حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، ٢٠٠٠.
٤. عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير غير منشورة كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٧٢.
٥. عزة محمود احمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسوب، دراسة مقارنة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.
٦. فاضل شاكر النعيمي، نظرية الحوادث الطارئ بين القانون والشرعية رسالة دكتوراه منشورة، بغداد، ١٩٦٩.

Summary

(Good faith in performance contracts in Jordanian Civil Law)

- A comparative study -

Preparation: Ibraheem Ahmad Ibraheem Al-Diabat

Supervision: Dr. Na'el Masa'edah

The importance of this study comes considering it a modern attempt to spot light on the good faith principle in performance contracts through the item (٢٠٢/١) from the Jordanian civil law, where it stipulated on: "contract must be performed according to what it included & with a way which goes along on with what good faith impose".

Through it the need intensify to resort to good faith principle, because it's the principle which achieve the highest from law's purposes, which is to parry harming a person because of another one in the society.

Considering that the principle of good faith is the principle which will prevail all the legal relations, and it's from the totality rules which don't banish with no legal stipulation, because it's a principle which prevail the contract in all stages, where its effect won't be only on ratification of the contract, yet, extend to its performance & elapsing.

Good faith in performance the contract means that all contractors will take in consideration the good of the other contractor and not harming him deliberately, and that's by performance its obligation with the way any contractor hope to see from the other. So, good faith in contracts is a principle which finds its extent in two fields, which are: the contractor self or person from a part, and the nature of commitment which is correlated to it, so, its stands on two bases: psychological fundamental basis, based on the contractor faith, and a material basis based on dealing honesty and integrity.

Finally, I reach the special bases with the principle of good faith in performance contracts, through good faith on personal basis (self) which is in the absence of bad faith for the contractor in all figures & situations, and objective basis (material) for good faith which is in avoiding negligence and carelessness and that's by accepting its negligence by law and society.

All of that through analyzing terms of the Jordanian law which is concerned in good faith in performance contracts in comparison with comparative laws to give a full figure about good faith, also, the legal jurist opinions were scrutinized and what is happening in Jordanian judgment, trying to reach through this methodology to solutions which don't exceed the frame of legal principles in Jordan, within the frame of the following plan:-

The Preliminary theme, review in it the historical origin for the good faith principle in performance contracts through the relation between the old & modern & to show the historical origins to this principle in Roman law & good faith in Islamic law (Sharia).

The first chapter, this chapter was specialized to study the personal basis for the good faith principle through the conditions of good faith at personal basis in the first theme, which is in the banish of contract mistake, banish of deliberate mistake, cheating, not being tyranny in using right in bad faith, and the banish of great mistake in all its many types, the second theme of this chapter, we have take in it the effects of breaching good faith in personal basis, where we have studied the relation of good faith with the criminal law and deliberate contract mistakes appending to it, and we have clarified the contracts legal rules for cheating & great mistakes which is in direct harming compensation the expected & non-expected, and null the agreement to contracted debtor exemption for his cheating or great mistake and permitting to ask for more than the value of complementary compensation, and abstention of respiting the debtor in case he cheated or made a great mistake and not permitting securing from it.

In the second chapter, we have taken the objective basis for good faith principle and that's through studying good faith in objective basis and non- legitimate performance in the first theme, in which we have clarified that the foreign cause banish the mistake, and the debtor duty to facilitate performance through the cooperation idea and what is the legitimate-motives for not performance.

The second theme through this chapter, we specialized it to study good faith on objective basis, and the extent of needed concern in performance commitments with a purpose and also by achieving an outcome, in conclusion we have demonstrated the outcomes we reached after we have finished this study.